

Libros de **Cátedra**

# Luz, cámara y acción típica. Toma dos

## Comentarios sobre cine y derecho penal

Gabriel Vitale (Coordinador)

FACULTAD DE  
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**S**  
sociales

  
EDITORIAL DE LA UNLP



UNIVERSIDAD  
NACIONAL  
DE LA PLATA

# **LUZ, CÁMARA Y ACCIÓN TÍPICA. TOMA DOS**

## **COMENTARIOS SOBRE CINE Y DERECHO PENAL**

Gabriel Vitale  
(coordinador)

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



UNIVERSIDAD  
NACIONAL  
DE LA PLATA



*Este libro está dedicado a lxs alumnxs, los graduadxs, los profesorxs, y a todas aquellas personas que puedan encontrar en esta obra colectiva, elementos de estudio y razonamiento, para poder problematizar el poder punitivo del Estado, en una época en donde el mercado quiere determinar la agenda pública. Dentro de ellos, me gustaría dedicárselo especialmente, al Profesor German Alegre, abogado, penalista y filósofo, a quien la vida me regalo su amistad.*

Gabriel M A Vitale

## Agradecimientos

Luz, cámara y acción típica, (toma dos) es la respuesta continuada del recorrido de trabajo, dedicación personal y profesional de quienes han transitado por este grupo docente. Es por ello, que queremos agradecer al Profesor Titular, Dr. Manuel Garrido que nos permite profundizar el Derecho penal en este proyecto, a las autoridades de la Facultad, en especial al Sr. Decano Miguel Berri, a la Secretaria Académica Valeria Moreno, a los compañeros docentes de la cátedra y a todos los autores de los diferentes capítulos, quienes se sumaron a este proyecto, sin los cuales, este libro no hubiera sido posible. A nuestras familias, quienes nos escuchan y acompañan en esta tarea docente e investigadora.

La gratitud continuada para con Ana Manasanch y todo el equipo de EDULP por la energía y dedicación que nos brindan a los docentes de la Universidad Pública, gratuita y laica y a nuestro Editor Lic. Nicolás Simonoff.

# Índice

<b>Introducción</b>	8
<b>Capítulo 1</b>	
Investigación y ayuda al suicidio	9
<i>Sergio Pepe</i>	
<b>Capítulo 2</b>	
Homicidios culposos en la ficción cinematográfica	16
<i>Matías Germán Rodríguez Romero</i>	
<b>Capítulo 3</b>	
Aborto	29
<i>María Elia Klappenbach</i>	
<b>Capítulo 4</b>	
Lesiones leves	59
<i>Lautaro Villordo</i>	
<b>Capítulo 5</b>	
El artículo 90 del Código Penal en el Cine	66
<i>Edgardo Horacio Salatino</i>	
<b>Capítulo 6</b>	
La versatilidad de la conducta humana en el arte dramático: lesiones gravísimas	74
<i>Pilar Rodríguez Genin y Agostina Vincentti</i>	
<b>Capítulo 7</b>	
El artículo 92 del código Penal en el Cine	82
<i>Jonatan Robert</i>	
<b>Capítulo 8</b>	
Entre Carancho y la Pantera Rosa, votos de amor para las lesiones culposas	93
<i>Gabriel MA Vitale</i>	
<b>Capítulo 9</b>	
Homicidio y lesiones en riña	98
<i>Isabella Mercedes Gonzáles</i>	

## Capítulo 10

Preparen, apunten...fuego, comentario a los artículos 104 y 105 del código Penal \_\_\_\_\_ 107

*Cecilia Corfield*

## Capítulo 11

Artículos 106 y 107: Abandono de persona, el juez \_\_\_\_\_ 112

*María Dolores Amaya*

## Capítulo 12

Artículo 108: Omisión de auxilio. Charlie y la fábrica de chocolate \_\_\_\_\_ 122

*María Dolores Amaya*

## Capítulo 13

Inconcebible \_\_\_\_\_ 127

*Andrea V. Quaranta*

## Capítulo 14

Art. 120: Abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual \_\_\_\_\_ 147

*Cristian Ariel González*

## Capítulo 15

Abuso sexual seguido de muerte ¿un final inesperado? \_\_\_\_\_ 147

*Karen Marlene Montenegro y María Luz Santos Morón*

## Capítulo 16

El efecto mariposa y los rastros de la corrupción sexual sobre niños y niñas \_\_\_\_\_ 166

*Stella Maris Tato y Gabriel M A Vitale*

## Capítulo 17

Art. 125 bis: Promover o facilitar el ejercicio de la prostitución \_\_\_\_\_ 177

*Javier Teodoro Álvarez*

## Capítulo 18

Artículo 127 \_\_\_\_\_ 195

*Alfredo Masi Barrio*

**Capítulo 19**

Infracciones a la ley 23.737 \_\_\_\_\_ 206

*María Victoria Baca Paunero*

Anexo Jurisprudencial \_\_\_\_\_ 225

*Mercedes González Isabella*

**Los autores** \_\_\_\_\_ 232

# Introducción

Luz, cámara y acción típica, es la continuación de una construcción conjunta y transversal de docentes, ayudantes y alumnos durante el transcurso de estas dos décadas de docencia en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Nacional de La Plata.

En este recorrido, hemos utilizado películas, obras de teatro, canciones, extractos bíblicos, literatura clásica, cuentos infantiles y todo elemento que pudiera acercar el Derecho Penal Parte Especial a la cotidianidad. Entre los autores nos vamos a encontrar con: Victoria Baca Paunero comentando la ley de estupefacientes, Sergio Pepe y la instigación o ayuda al suicidio, German Rodríguez y los homicidios culposos, María Elia Klappenbach comentando todas las modificaciones de la interrupción voluntaria del embarazo, Lautaro Villordo expone las lesiones leves, Edgardo Salatino las lesiones graves, Agostina Vincentti y Pilar Rodríguez Genin escriben sobre las lesiones gravísimas, Jonatan Roberts define sus agravantes, Mercedes González Isabella desarrolla el homicidio y lesiones en riña, Cecilia Corfield se extiende sobre los abusos de armas, Dolores Amaya explica el abandono de personas, Andrea Quaranta los abusos sexuales, Cristian González el estupro y Karen Montenegro junto a Luz Santos Morón el abuso seguido de muerte. Para terminar, Stella Maris Tato desarrolla la promoción y facilitación de la corrupción, Javier T. Alvarez la promoción y facilitaciones de la prostitución y Alfredo Masi Barrio la explotación de la misma.

En esta toma dos de Cine y Derecho Penal, nos sentamos en las butacas de la filmografía buscando una educación jurídica integral utilizando la normativa, los tratados y las leyes, sin que sea un atentado contra la tradicional pedagogía jurídica.

La Universidad Nacional de La Plata contribuye para mejorar la cohesión social y reducir las desigualdades, fomentando el sentido crítico y edificando un pensamiento con perspectiva en Derechos Humanos. Por ello, tomen asiento, y disfruten de guiones, escenas, y películas con sus matices penales como otro aporte a esta discusión.

Gabriel M A Vitale.



# CAPÍTULO 1

## Instigación y ayuda al suicidio

*Sergio Pepe<sup>1</sup>*

### Introducción

En estos humildes párrafos trataremos los aspectos más sobresalientes del art. 83 del Código Penal valiéndonos de diversas obras del séptimo arte para tratar de ilustrar el suicidio como conducta atípica e impune, así como las figuras de instigación y ayuda al suicidio y sus peculiaridades, no sin antes repasar algunos ribetes históricos, dogmáticos y normativos.

Aunque el suicidio ni su tentativa resulten pasibles de persecución penal en estos días, lo cierto es que existen preceptos históricos contemporáneos marcados por la época que contemplaban sanciones al suicida.

Así pues, del Proyecto Tejedor de 1867 se transcribe que:

El que se quite voluntariamente la vida incurre por el mismo hecho en la privación de los derechos civiles, y las disposiciones últimas que hubiese hecho se tendrán por nulas y sin ningún valor (...) si el culpable de tentativa de suicidio fuere detenido en la ejecución del crimen por circunstancias independientes de su voluntad, y no por un arrepentimiento espontáneo, será conducido a lugar seguro y sometido a una vigilancia rigurosa por un año al menos y a tres o más. (Zaffaroni -.Baigún, pág. 501).

El cambio de impronta de un tiempo a esta parte se evidencia y queda manifiesto con la sanción de la “Ley Nacional de Prevención del Suicidio” (ley 27.130), trocando la idea de castigar al suicida por la de “*detección y atención de las personas en riesgo de suicidio*”.<sup>2</sup>

### Cuestiones sobre el bien jurídico

No está de más recordar a la vida humana como bien jurídico tutelado por la norma, y que el suicidio, entendido como la acción de darse muerte a sí mismo, o su tentativa, no resultan

---

<sup>1</sup> Con la colaboración de Gabriel M. A Vitale.

<sup>2</sup> Ley 27.130: “(...) ARTÍCULO 1° — *Declárase de interés nacional en todo el territorio de la República Argentina, la atención biopsicosocial, la investigación científica y epidemiológica, la capacitación profesional en la detección y atención de las personas en riesgo de suicidio y la asistencia a las familias de víctimas del suicidio* (...)”

conductas punibles en nuestro ordenamiento actual, es decir, no existe una disposición legal que lo establezca como figura típica relevante para el Derecho Penal pasible de pena.

Así pues

(...) existe consenso en la doctrina en entender que el bien jurídico protegido por la ley en ambas conductas es la vida humana, más precisamente la vida humana ajena. Así se entiende que en la instigación o ayuda al suicidio el autor revela su menosprecio por la vida de otro, donde él no mata, pero induce al otro a que lo haga o lo ayuda a hacerlo. (Zaffaroni, Baigún, pág. 510)

Aunque aún persista el fundamento doctrinario de considerar a la vida propia como un bien jurídico disponible<sup>3</sup>, puede oponerse como crítica atendible que si la vida fuera un bien jurídico del que se puede disponer libremente como se afirma, la voluntad y/o consentimiento y/o pedido de la víctima impediría la configuración típica de los delitos de instigación o ayuda al suicidio; lo que no se encuentra previsto de esta manera en nuestra norma.

A su vez, desde la lógica penal y del sentido humano podemos traer como argumentos válidos que mal podrían imponerse castigos a una persona que ha consumado el suicidio y que por ende ha dejado de existir -principio de intrascendencia de la pena-. *“Beccaria sostenía que el suicidio es un delito que no admite pena que propiamente se llame así, dado que de aplicar pena al suicidio ésta caería sobre los inocentes o sobre un cuerpo inútil”* (Zaffaroni, Baigún, pág. 505).

Por otra parte, la punición de quien no ha logrado suicidarse con éxito alentaría aún más sus esfuerzos por consumir su propia muerte sabiendo que de no lograrlo le esperaría un castigo; al tiempo que el intento de suicidio no lesiona ni pone en riesgo bienes jurídicos ajenos -principio de lesividad-.

El problema relativo a la protección estatal de la vida humana y de la autonomía personal, fue atinadamente tratado por Gelli, quien ha sostenido que la regla expresa del art. 19 de la Const. Nacional resulta importante para resolver la cuestión, al resguardar una zona de reserva y autonomía personal cuando las acciones privadas no dañan a un tercero, pero agrega más adelante, con acierto, que en ocasiones, el interés legítimo del Estado en la preservación de la vida puede implicar la alteración de otros derechos personalísimos, igualmente protegidos por la Constitución, tales como la privacidad, la autonomía, la religiosidad y el respeto a las propias convicciones..(Zaffaroni, Baigún, pág. 511)

<sup>3</sup>“(…) el suicidio es un acto lícito, por cuanto la vida -como otros bienes jurídicos individuales- es disponible (...)” (Buompadre, Jorge Eduardo: *Tratado de Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 2009., pág. 163).

La serie *Diamantes turbios*<sup>4</sup> inicia su primer capítulo con la escena violenta del suicidio de “Yanki”, un joven judío dedicado a la empresa familiar, que agobiado por las deudas y los malos negocios toma la decisión voluntaria, unilateral y sin condicionamientos ni coacción externa de terminar con su vida, para evitar la deshonra frente a su padre.

Puede decirse que “Yanki” decidió terminar con su vida, dándose muerte de una forma fuera del alcance de las normas penales, ya que el suicidio -ni su tentativa- son delito en nuestra normativa.<sup>5</sup>

Hecha esta introducción, aunque el suicidio como decisión propia y voluntaria se encuentre al margen de la intervención estatal-penal, la norma prevé una figura peculiar que ofrece dos variables de acción típica -instigación y ayuda al suicidio- sobre los mismos elementos normativos que la demarcan.<sup>6</sup>

En palabras de Donna “*Se trata de una participación en un hecho atípico*”<sup>7</sup>, mientras por otro sector doctrinario pareciera haber consenso en considerar a la instigación o ayuda al suicidio como delito autónomo, por tratarse de

(...) tipos penales consistentes en la participación moral (instigación) o material (ayuda) en la muerte de un tercero, tentada o consumada, y no en figuras de participación criminal, cuyas fórmulas tienen otras finalidades.  
(Zaffaroni, Baigún, 513)

## Aspectos comunes de la figura

Tanto la instigación como la ayuda al suicidio son comúnmente denominados como “delicta comunia”, implicando que pueden ser sometidas por cualquiera persona, es decir, que para configuración típica no se exige en el autor o sujeto activo ninguna característica o condición especial.

Lo mismo sucede al analizar la situación del sujeto pasivo. La norma no exige ninguna particularidad en la víctima a los fines de la relevancia penal. Sin embargo, resulta importante detenerse a agregar que

(...) sólo puede serlo aquel que tenga la capacidad para tomar la resolución de quitarse la vida, sea por la determinación provocada o reforzada por otro, o por decisión propia, dado que lo contrario puede derivar en la autoría

<sup>4</sup> Producción belga e israelí estrenada el 21 de abril de 2023.

<sup>5</sup> “(...) En nuestro digesto punitivo, no se sanciona el suicidio, entendiendo éste, como el acto de matarse de manera voluntaria; tampoco se castiga su tentativa, puesto que el legislador tuvo en cuenta, conforme lo establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional, que se trata de un ámbito en el cual el Estado no debe ingresar, ya que la decisión de vivir o no, es un acto propio de la conciencia humana (...)” (Pravia, Alberto. Código Penal de la Nación Argentina. Tomo II. Ed. Advocatus, pag. 69).-

<sup>6</sup> “(...) Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado (...)” (art. 83 del Código Penal).

<sup>7</sup> Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial. Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, pag. 201.

mediata del delito de homicidio por parte del supuesto inductor o “cómplice” del suicidio, por haber actuado valiéndose de un instrumento que obra de manera inculpable, en palabras de Roxin: autoría mediata por dominio de la voluntad. Lo mismo sucede en el caso en que el suicida-instrumento obra por error o engaño y puede plantearse en un obrar que responde a la coacción o violencia. (Zaffaroni, Baigún, pág. 511)

## Instigación al suicidio

Al hablar de instigar nos referimos a llevar a cabo actos de persuasión para lograr convencer a una persona de tomar la decisión libre y voluntaria de terminar con su vida.<sup>8</sup>

En palabras de Donna (pág. 201), se trata aquí de la producción directa por medios psicológicos de tomar la resolución de la propia muerte.

Así, en una de las tantas brillantes y memorables escenas de *El Padrino II*, Tom Hagen, abogado de la Familia Corleone, visitó a Frank Pentangeli, quien se encontraba confinado y protegido bajo el régimen de protección de testigos del F.B.I., preparándose para atestiguar en un juicio criminal contra Michael Corleone (*El Padrino*).

En la visita, mientras fumaban habanos y caminaban entre los muros y alambrados impenetrables de lo que parecía una prisión, Frank Pentangeli se mostraba arrepentido de lo que estaba haciendo, esto es, de traicionar los ideales de “la familia”, organización criminal a la que también pertenecía.

En esta situación de arrepentimiento le preguntó a Tom Hagen qué debía hacer, y el abogado, preparado para la charla, puso amistosamente y con complicidad la mano en uno de sus hombros, sugiriendo: *“si hubiera un complot contra el emperador de Roma, los conspiradores tendrían una oportunidad para que las familias conservaran sus bienes”*.

Ahí, Frank Pentangeli comprendió el mensaje, agregando que: *“se iban a sus casas, se abrían las venas, y esperaban la muerte”*, a lo que el abogado respondió con asentimiento: *“tú no te preocupes por nada”*.

Llegado el momento del juicio, Frank Pentangeli fue encontrado sin vida en la bañera de su habitación, en un charco de sangre, con las muñecas cortadas; se había suicidado.

El abogado logró su cometido, ya que convenció a Frank de llevar a cabo voluntariamente su propia muerte, sin ningún tipo de amenaza, coacción, inducción a error; en definitiva, sin haber viciado de ninguna manera su voluntad.

Y no ha sido casualidad, sino más bien, el resultado de una conducta dolosa (con conocimiento e intención) dirigida a lograr ese efecto en la víctima, lo cual termina por abastecer el aspecto subjetivo de la figura, ya que *“la inducción, como se sabe, es dolosa,*

<sup>8</sup> “(...) es la conducta, por medio de la cual, el autor convence a una persona para que se quite la vida por sí mismo (...)” (Pravia, Alberto. Código Penal de la Nación Argentina. Tomo II. Ed. Advocatus, pag. 70).-

<sup>9</sup> Estrenada en Argentina el 26 de diciembre de 1974. Director: Francis Ford Coppola.

*motivo por el cual no es posible la inducción imprudente al suicidio, de acuerdo a la redacción de la ley*”. (Donna, pág. 203)

En este caso, Tom Hagen logró persuadir a Frank con una charla, pero podría haberlo sido válidamente de cualquier otra manera, pues *“este obrar, destinado a persuadir a la víctima, adopta cualquier forma, siempre que no signifique eliminar la voluntad del sujeto que se dará muerte”*. (Pravia, pág. 70)

Tan así que la serie norteamericana *13 reasons why*<sup>10</sup>, primer temporada, narra la historia de la adolescente “Hannah Baker”, quien antes de suicidarse grabó una cinta dedicada a cada una de las personas que, según ella, contribuyeron a la decisión fatal de terminar con su vida luego del sufrimiento de diversos episodios, vgr: abuso, maltrato, desilusiones, traiciones, desamores, etc.

Esto nos permite ilustrar desde la óptica de la víctima, que el sujeto activo

(...) puede realizar dicha conducta persuasiva de cualquier forma: por escrito, verbal, de manera simbólica, etc.; incluso, puede adquirir la forma de actos efectuados de modo directo o indirecto sobre la víctima, dirigidos de manera intencional a quien tomó la decisión de darse muerte, como sería, por ejemplo, malos tratos por un tiempo prolongado. (Pravia, pág.70)

siempre y cuando, vale reiterar, se trate de una instigación o persuasión dolosa.

## Ayuda al suicidio

Con menos ejemplos en la ficción, pero bajo los mismos prolegómenos y elementos normativos de la instigación, se encuentra también legislada la acción típica de “ayuda al suicidio”, es decir, la

(...) participación material en el suicidio de otra persona y consiste en la producción de actos, principales o accesorios, de cooperación o auxilio para que la víctima, que se ha determinado al suicidio o por la instigación de un tercero, lo ejecute”. (Pravia, pág. 70).

Por supuesto que la ayuda puede llegar a confundirse en una delgada línea con el delito de homicidio o alguna otra figura contemplada en nuestra normativa; aunque no hay que perder de vista lo siguiente: *“la diferencia entre esta ayuda y el homicidio, radica en que en ella, el autor no debe haber efectuado actos materiales sobre el cuerpo de la víctima, que signifiquen la acción de matar”* (Pravia, pág. 70);

<sup>10</sup> 31 de marzo de 2017 (Estados Unidos).

(...) pues entonces se trataría de un homicidio consentido, punible según el art. 79 del Cód. Penal (p.ej., ayuda al suicidio, el que se la presta al suicida para colocarse el nudo corredizo, pero comete homicidio el que corre el banco sobre el cual se apoyaba para que cuelgue). (Creus, pág. 51)

La diferencia con el “homicidio consentido” no pasará desatendida en este análisis, sintetizando que

Molinario dice que no debe confundirse la instigación o la ayuda al suicidio con el homicidio consentido, por cuando en las primeras el agente despliega una acción complementaria, dado que la acción principal siempre está a cargo del protagonista del hecho, mientras en el homicidio consentido por la víctima, el homicida realiza la acción de matarse. (Zaffaroni, Baigún pág. 508)

*Inception*, también conocida como *El origen*, es una película de ciencia ficción donde se relata la historia de un grupo de ladrones quienes utilizan una máquina que invade los sueños para conquistar sus objetivos más audaces.

Dom Cobb (Leonardo DiCaprio) y su compañero Arthur (Joseph Gordon-Levitt) son dos ladrones especializados en la “extracción” de información a través del subconsciente. Es decir, se introducen en los sueños de las personas para obtener sus secretos.

El gran inconveniente que encontrará Leo Di Caprio, será la aparición Mal (Marion Cotillard), su esposa fallecida, quien se suicidó, incitada por él.

La complejidad de su trama la hacen una de las películas interesantes de Christopher Nolan, donde aborda una serie de cuestiones, relacionadas entre otras, con la posibilidad de implantar una idea, una conducta, una solución a ciertos desconciertos. Leonardo Di Caprio, inserto en la mente de su esposa, la idea del suicidio. La figura del art. 83 del Código Penal, no prevé agravantes por razón del parentesco, ni consanguinidad ni afinidad.

El grado de responsabilidad del colaborador, será dado por la eficiencia de su ayuda o instigación.

## Consumación y tentativa

El Código Penal completa su fórmula exigiendo que “*el suicidio se hubiese tentado o consumado*”.

De ahí se deriva que las acciones típicas de instigación o ayuda al suicidio serán relevantes para el Derecho Penal únicamente cuando haya habido un principio de ejecución del suicidio por parte del sujeto pasivo.

Más allá de la postura doctrinaria que se adopte, esto es, de considerar a dicha exigencia como un elemento del tipo (Cf. Donna)<sup>11</sup> o una condición objetiva de punibilidad (Cf. Creus)<sup>12</sup>, lo cierto es que hay acuerdo en que dicha referencia obtura la tentativa de las figuras tratadas. *“Ello es así, dado que al estar en presencia del comienzo de la ejecución de un suicidio, ya se ha consumado el delito en estudio”*. (Zaffaroni, pág. 518)

En la película de comedia inglesa *The Full Monty*<sup>13</sup> los protagonistas se encontraban acostados mirando el cielo, y tratando de convencer a uno de ellos de quitarse la vida con ideas absurdas, sin lograr que la víctima efectúe siquiera mínimamente ningún acto de ejecución suicida; no dándose entonces las exigencias de configuración del delito, pues al decir de Donna (pág. 203), *“la mera proposición al suicidio, sin que se lleve a cabo la acción, es en nuestro Derecho una conducta impune”*.

Algo similar sucede en *Mi obra maestra*<sup>14</sup> cuando Renzo Nervi internado en el hospital le propone a su amigo Arturo que lo ayude a terminar con su vida en caso de complicarse la situación, y más allá del escenario fáctico discutible, nos interesa ejemplificar es que Arturo hizo su parte, adquiriendo de manos de personal del hospital los fármacos necesarios para ayudar a su amigo a terminar con su vida, pero esto nunca se concretó, de modo que al no haber habido ni siquiera un intento de suicidio por parte de Renzo, no se dan los elementos del tipo para afirmar que Arturo ha cometido el delito de ayuda al suicidio, ni su tentativa; pues como venimos diciendo, la tentativa no es admitida, y por ende, *“La punibilidad de la instigación o ayuda al suicidio requiere que el tercero a quien se ha dirigido la instigación o prestado la ayuda, se haya dado muerte o por lo menos ejecutado actos para lograrlo”*<sup>15</sup>, lo que no ha sucedido en este drama.

De esta forma nos despedimos hasta el próximo capítulo.

## Referencias

- Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I, Ed. Astrea, pág. 51.
- Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial. Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 201.
- Pravia, Alberto. Código Penal de la Nación Argentina. Tomo II. Ed. Advocatus, pág. 70.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Baigún, David. Código Penal y normas complementarias. Ed. Hammurabi, pág. 511

<sup>11</sup> Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial. Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, pag. 203.

<sup>12</sup> “(...) La punibilidad de la instigación o ayuda al suicidio requiere que el tercero a quien se ha dirigido la instigación o prestado la ayuda, se haya dado muerte o por lo menos ejecutado actos para lograrlo (...)” (Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I, Ed. Astrea, pag. 52).

<sup>13</sup> Reino Unido, año 1997.

<sup>14</sup> Argentina. Año 2018.

<sup>15</sup> (Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I, Ed. Astrea, pag. 52).

## CAPÍTULO 2

# Homicidios Culposos en la ficción cinematográfica

*Matías German Rodríguez Romero*

La ficción tiene su buena dosis de tragedia impensada, y no hay mejor ejemplo de esta que el asesinato involuntario. Desde la desdicha del personaje principal de *Edipo Rey*, hasta el accionar heroico del huraño Boo Radley en *Matar a un Ruiseñor*, el concepto ha aparecido una y otra vez de manera constante en la ficción.

Sin embargo, está claro que el *homicidio culposo* no es lo mismo que el *asesinato involuntario*, más en consideración que ambos ejemplos citados con anterioridad caerían no en esta figura, sino en la causal eximente de responsabilidad de la *legítima defensa*. Es más, la figura penal del homicidio culposo, así como sus agravantes y la figura del homicidio culposo con vehículo con motor, generan una buena dosis de variables que debemos tener en cuenta a la hora de analizar las mismas.

En este trabajo, nos enfocaremos en las figuras penales de los artículos 84 y 84 bis de nuestro Código Penal, buscando ejemplos posibles dentro de la cinematografía local e internacional y estudiando los eventos representados en particular a través de la misma.

Para ello, requerimos un salto lógico y temporal, bajo la premisa de que todos los hechos representados ocurren en el territorio de la República Argentina, y que ocurren en una temporalidad contemporánea. Además, utilizaremos todas las claves contextuales derivadas de las cintas que fueran necesarias, evitando en todo lo que sea posible la especulación, si bien aclararemos específicamente estas aristas especiales.

## Homicidio Culposo

Nuestro Código Penal, establece en su última modificación tras la Ley 27.347, la figura del Homicidio Culposo en los siguientes términos:

**Artículo 84.** - Será reprimido con prisión de uno (1) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que, por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo causare a otro la muerte.



El mínimo de la pena se elevará a dos (2) años si fueren más de una las víctimas fatales.

Este delito en la parte especial, inicia repitiendo los principios generales del obrar culposo: la imprudencia, la negligencia, la impericia o la inobservancia de deberes o reglamentos. La figura incluye dos penas, la de prisión y una accesoria de inhabilitación especial, que *"es procedente respecto de las actividades legal o reglamentariamente reguladas, ya para sus habilitaciones, ya por la licencia que el Estado tiene que conceder para su realización"* (Buompadre & Creus, 2018)

Los elementos estructurales del homicidio calificado, no son muy distintos de los del homicidio simple (art. 79) a excepción del tipo subjetivo. Asimismo, la muerte culposa de una o más personas se adecua a la regulación del artículo 84, pero si ese tal resultado es la consecuencia de la conducción de un vehículo con motor, es de aplicación el artículo 84 bis.

Respecto a sus elementos subjetivos la culpa se presenta en nuestro sistema jurídico como una violación del deber de cuidado, el cual se estructura directamente sobre la previsibilidad del resultado típico. Sujetos activos y pasivos pueden ser cualquier persona. El tipo subjetivo se basa en dos elementos: uno positivo, consistente en haber querido la conducta imprudente; y otro negativo, consistente en no haber querido el resultado producido. El delito se consuma con la muerte de la víctima.

El tipo objetivo está dado por el verbo **causar** (la muerte de otro), por lo que admite tanto la comisión como la omisión impropia; el tipo subjetivo se satisface con la realización de las formas culposas previstas en la ley, que analizaremos a continuación.

En primer lugar, encontramos la imprudencia, la cual es definida como un *"obrar ligero, precipitado, o peligroso, Obra imprudentemente quien realiza un acto que las reglas de la prudencia aconsejan su abstención. Es un hacer de más."* (Buompadre, 2017)

En el cine, uno de los eventos más claros de imprudencia es mostrado como una broma de humor negro. Ocurre en la célebre *Pulp Fiction* (1994), cinta de culto de Quentin Tarantino, en la que en uno de sus papeles más recordados el personaje de John Travolta, Vincent Vega, dispara por error a su compañero, Marvin. Vincent, tras un acalorado debate sobre la serie *Cops* con el personaje de Samuel L. Jackson, Jules, voltea a discutir con Marvin, que se encuentra en el asiento trasero, con su arma cargada en la mano. En una escena tragicómica cuya causa es motivo de discusión entre los compañeros, el arma se descarga, dándole un tiro en la cabeza a Marvin, matándolo en el acto. Vincent concluye con un icónico *"Oh man, I shot Marvin in the face"*.

El caso es que, fuera verdad que Jules había pisado un pozo con el auto o tan solo fuera un movimiento brusco de Vincent, de todos modos, se configuraría un homicidio culposo por imprudencia, considerando el temerario manejo del arma por parte del sujeto... y el hecho de que estuvieran manejando mientras tenían esta discusión, no beneficia el caso de él. Lo prudente hubiera sido, poner el seguro, descargar el arma, o directamente no manejarla dentro de un auto en movimiento. Sin embargo, si han visto la cinta, saben que la imprudencia es el leitmotiv de este personaje, y que la misma tiene un destino marcado para este.

En segundo lugar, se encuentra la negligencia, lo que para los doctrinarios “es *sinónimo de descuido, desatención, falta de precaución en el obrar. Obra negligente quien omite realizar un acto que la prudencia aconseja hacer. En la negligencia hay un defecto de acción y previsión de resultado.*” (Buompadre, 2017, pág. 66)

Es ejemplo la muerte del Tío Ben, tanto en *Spiderman 3* (2007), como en *The Amazing Spiderman* (2012). Si bien son eventos diferentes, en sagas diferentes, ambos tienen un componente en común, el sujeto muere tras un forcejeo con un arma. En el primer caso está más claro, incluso obteniendo la confesión de parte de que el arma se disparó por error; en el segundo, si bien vemos el forcejeo, no podemos conocer el motivo del disparo.

Sin embargo, la consecución del hecho en medio de un robo y el uso de armas, tanto en el primer caso en el que el auto es procurado para escapar de un banco, como en el segundo, donde el ladrón pierde el arma tras asaltar un negocio, abre fácilmente la calificación del hecho dentro del homicidio *criminis causa* (agravante).

Es por ello que la negligencia para mí se ve con claridad en un episodio de una serie unitaria que aparecerá varias veces en este trabajo: *Black Mirror*. En particular, en el “especial” de navidad, *White Christmas* (2014). En él seguimos a dos personas, Matt y Joe, que están varados en un puesto en medio de un desierto cubierto de nieve. Es navidad, y por ello Matt le pregunta a Joe para que están en el puesto, un tema del que nunca hablaron en los cinco años que llevan allí. Ambos son reacios a hablar, pero conforme el tiempo pasa, ambos empiezan a contar historias sobre sus vidas pasadas.

La trama entonces nos presenta a las “cookies”, un chip que puede instalarse en el cerebro de las personas y realizar una copia de su conciencia. Matt es el encargado de “*romper su fuerza de voluntad*” y se ha encargado en el pasado de utilizar esto para obtener confesiones de gente acusada por delitos. Joe pasa a contar su historia, en el que, tras ser bloqueado (en la vida real) por la tecnología presentada en el episodio, pierde a su familia y solo puede verlos a la distancia debido a esta obstrucción. Tras la muerte de su esposa, regresa a la cabaña de sus padres, para poder conocer a su hija.

En el momento climático de la tercera parte de este episodio, tanto de la historia como de la metahistoria, vemos como Matt causa la muerte de su suegro tras un altercado, golpeándolo con un globo de nieve que traía como regalo consigo. Tras decir esto, se nos revela que la cabaña en la que se encontraban era la misma donde todo esto transcurrió, y que su hija murió también en la nieve, intentando buscar ayuda para su abuelo.

Matt entonces pide disculpas, afirma haber obtenido la confesión, y desaparece. «*Manslaughter*», en sus términos; homicidio culposo en los nuestros. La revelación es llamativa, y el efecto que tiene en la construcción de la brutal historia, pero hasta ahí llega mi relato. La historia completa vale la pena ser vista en su totalidad.

En tercer lugar, se encuentra la impericia, o también llamada “culpa profesional”. En tal sentido, la misma

configura un obrar deficiente de una profesión, arte u oficio. Implica una conducta gruesa, de proporción considerable, inexperta o inhábil para el ejercicio de la actividad. Error que cayendo fuera de lo opinable y discutible sea grosero e inadmisible por obedecer a una falta de saber mínimo. (Buompadre, 2017)

Respecto a la impericia, en su profesión, es el disparador de la película *Entre Navajas y Secretos [Knives Out]* (2019). En esta, un escritor de policiales llamado Halam Thrombey, invita a toda su familia para festejar su cumpleaños. A la mañana siguiente, su ama de llaves lo encuentra muerto con la garganta cortada, y por más que la primera tesis es la del suicidio, alguien anónimo contrata a Benoit Blanc para investigar el caso. Es entonces que descubrimos que la enfermera de Harlan, Marta Cabrera, aparentemente le administró por accidente una sobredosis de morfina y no pudo encontrar el antídoto. Harlan le da instrucciones a ella para que improvisar una coartada antes de morir.

Acá encontraríamos en teoría un perfecto ejemplo de impericia, una enfermera que, por error, suministra la medicina equivocada causando la muerte del paciente. Un error, que es lo suficientemente grosero como para hacerla pasible de un cargo por homicidio. Sin embargo, está claro por el potencial (y por la naturaleza del film) que hay más en este caso que la primera asunción del espectador. Pero para ello, habría que verla completa.

Por otro lado, y continuando con las referencias a *Black Mirror*, hay un ejemplo cantado en el giro final del segundo episodio de la tercera temporada de la serie: *Playtest* (2016). En él, podemos ver cómo un desarrollador de videojuegos, de nombre Shou Saito, es responsable por la muerte del tester Cooper Redfield, por el colapso de la tecnología virtual provocada por la interferencia generada por su celular. Si bien hay negligencia por parte del sujeto de pruebas al encender su teléfono a pesar de las advertencias de la empleada de la compañía Katie; no es posible desligar de responsabilidad al creador de la plataforma por la muerte del mismo.

Por último, se encuentra la inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo.

Se trata de la inobservancia de disposiciones expresas (ley, reglamento, ordenanza, etc.) que prescriben determinadas precauciones que deben observarse en actividades de las cuales pueden derivar hechos dañinos. El desconocimiento u omisión de ellas genera una hipótesis de responsabilidad culposa. Subjetivamente es preciso haber querido la conducta descuidada, no haber querido la producción del resultado y que hubiera sido posible haber actuado conforme al deber objetivo de cuidado. (Buompadre, 2017)

Continuando con la propuesta de *Black Mirror*, el último episodio de la tercera temporada *Hated in the Nation* (2016), presenta a unos detectives que investigan misteriosas muertes producidas tras cancelaciones masivas en redes sociales. Hacia el final del episodio, descubrimos que se trata de un ataque intencional producido por un sujeto de nombre Garrett Scholes, que utiliza una serie de drones abeja para producir la muerte a los señalados por el hashtag *#MuerteA*. En un giro final, los drones son activados por última vez, causando la

muerte de todos aquellos que utilizaron el hashtag, incluyendo a Nick Shelton, uno de los detectives asignados al caso y que había usado la etiqueta. Sin embargo, la mayor responsabilidad y la figura penal se encuadra en el accionar de otro de los detectives, el oficial de la Agencia Nacional del Crimen Shaun Li; que contra la recomendación de la detective novada Blue Coulson, reactiva los drones, activando el código letal.

En esta misma línea de agentes de policía cometiendo homicidio por inobservancia, podemos ver otros ejemplos en cintas, como en *L.A. Confidential* (1997), donde el accionar de Wendell "Bud" White termina con la muerte de varios sujetos al intentar un arresto; o *Crash* (2004), donde el accionar de John Ryan causa indirectamente la muerte de una persona (caso que veremos más adelante).

Asimismo, la figura simple, establece dos circunstancias de agravación, una en el interior de este artículo por la pluralidad de resultados (Art. 84 2do párrafo) y una en el artículo siguiente, que veremos a posteriori. Esta circunstancia, requiere la muerte de cómo mínimo dos personas y es un agravante por el mayor daño al bien jurídico protegido (la vida) a causa del resultado letal mayor.

Independientemente de la posibilidad de la existencia de una eximente putativa, es posible encontrar ejemplo de este tipo en varias producciones cuya temática es “personas engañadas para cometer asesinatos de otros seres humanos”, trama que se ve en *La Quinta Ola* (2016), película en la que jóvenes son embaucados haciéndoles creer que los humanos son controlados por alienígenas y son puestos en contra de los supervivientes. Trama similar a la que vemos en *Men Against Fire* (2016), quinto episodio de la tercera temporada de la “serie del homicidio culposo” a estas alturas, en el que un soldado descubre que ha estado matando humanos a causa de un chip que le fue instalado al ingresar al ejército.

Siguiendo en la línea de *distopías*, pero con aún más asteriscos<sup>16</sup>, encontramos cintas que tengan una dinámica que implique la muerte de un grupo indiscriminado de personas, es decir battle royals. Aquí encontramos la cinta japonesa del mismo nombre, *Battle Royale* (2000), la película estadounidense basada en el *best seller* *Los Juegos del Hambre* [*The Hunger Games*] (2012) y propuestas más contemporáneas como el *Juego del Calamar* [*The Squid Games*] (2021). Sin embargo, la naturaleza de estas producciones hace razonable plantear un trabajo específico sobre las mismas, pues hay una cantidad demasiado alta de hechos típicos dolosos y culposos a partes iguales.

Volviendo al ámbito penal, vale la pena recuperar un dato sobre la evolución histórica de esta figura penal, debido al aumento histórico de la pena mínima, lo cual para la mayoría de autores puede atribuirse a finalidades de política criminal o a causa del aumento preocupante de este tipo de hechos en el último tiempo. Lo mismo que justifica la adición del siguiente artículo.

<sup>16</sup> En los dos primeros casos, son hechos cometidos por menores; y en todos los casos hay muertes que pueden comprenderse en el marco de defensas privilegiadas y otras que son dolosas.

## Homicidio Culposo Agravado (Vehicular)

Por otro lado, la misma Ley 27.347 de 2007, incorporó una sustancial modificación al Homicidio Culposo Agravado.

**Artículo 84 bis.** - Será reprimido con prisión de dos (2) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor causare a otro la muerte.

La pena será de prisión de tres (3) a seis (6) años, si se diera alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diere a la fuga o no intentase socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriera en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular o cuando se dieran las circunstancias previstas en el artículo 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas fatales.

Para Buompadre (2017),

La ley 27.347 ha realizado una reformulación de los artículos 84, 94 y 193 bis, creando una casuística (sistema tasado de conductas) en forma expresa, relacionadas con la conducción de un vehículo a motor y que son los factores causales más relevantes de la siniestralidad vial con resultados fatales o lesivos. La reforma se ha limitado a redecorar los artículos en los que se tipifican los delitos culposos sin que se hayan incorporado figuras en las que se tipifiquen nuevos delitos vinculados al tráfico automotriz en sí mismo. (pág. 40)

Según el autor, la nueva figura penal, incorpora un elemento normativo especial: el *vehículo con motor*; además de incluir la conducción del mismo, el ámbito espacial de la conducción (vía pública) y el resultado de muerte como elementos necesarios para la consecución del ilícito.

Respecto al *vehículo con motor*, se trata de un concepto jurídico sin definición en la misma ley, existiendo un debate doctrinario que establece una serie de puntos en común. Buompadre establece que *"comprendería a todo tipo de vehículo cuyo desplazamiento sea propulsado por motor y que sea utilizado para el transporte de personas o cosas, con independencia de la vía de circulación"* (p. 44), y esta definición encontrada en su comentario al artículo será la que tendremos en cuenta a partir de este momento.

La definición da lugar a que no sean sólo automotores los causantes del homicidio culposo, y establece como punible entonces a otros vehículos con motor como motos (*Ghost Rider*, 2007), lanchas (*The Talented Mr. Ripley*, 1999) o aplanadoras (*Austin Power: International Man of Mystery*, 1999).

Los otros conceptos, no tienen una complejidad tan alta, pudiendo concordar en que la conducción implica “*el dominio de los mecanismos de dirección y el desplazamiento mínimo a impulsos de su motor*” (p. 44) y el acuerdo en la necesidad de la conducción por la vía pública y del resultado de muerte como una consecuencia no imaginada por el autor para la consecución de la figura; lo que elimina algunas películas del cine argentino del análisis (*Relatos Salvajes*, 2014; *Tesis sobre un homicidio*, 2013 y *Carancho*, 2010).

Ahora, la figura en particular, introduce un elemento en la misma, que es el de la *conducción negligente, imprudente o antirreglamentaria de un vehículo con motor*. Los primeros dos conceptos, se entienden en el sentido de la figura común, mientras que el concepto de *antirreglamentario*, se refiere a un incumplimiento deliberado de las normas de tránsito y circulación.

Precisamente por ello, aquí podríamos incorporar todas las cintas cuyos accidentes de tránsito no queden comprendidos dentro de otra de las figuras, como la escena de apertura de *Shazam!* (2019), donde el villano Thaddeus Sivana pierde a su padre; o escenas como el accidente de la madre de Baby en *Baby Driver* (2017), donde el padre de este conduce contra un camión en una discusión, causando la muerte de ambos padres<sup>17</sup>.

En primer lugar, encontramos la *fuga*. El Código reprime al conductor que, habiendo causado la muerte de otra persona por la conducción negligente, imprudente o antirreglamentaria de un vehículo con motor, se diere a la fuga del lugar del siniestro. Es irrelevante que el sujeto haya adoptado otro tipo de comportamiento, siendo punible la fuga en sí misma; siendo claro el objetivo de política criminal de promover que el causante no se retire del lugar del hecho y preste auxilio a la víctima (aún más, en miras a la siguiente agravante). Para Buompadre “*Si el autor se fuga infringe una elemental norma de solidaridad que pone de manifiesto un desprecio hacia la vida o la integridad física de los demás*”. (Pág. 71 Ob. cit.)

En segundo lugar, se encuentra el *socorro a la víctima*, siendo agravado el hecho cuando “*no intentase socorrer a la víctima*”, con el requisito negativo de no haber caído en la figura de abandono de persona (art. 106); caso contrario, el principio de especialidad desplazaría al agravante por el delito independiente.

Hay un ejemplo perfecto de los dos casos anteriores, en el disparador inicial del clásico del terror *I Know What You Did Last Summer* (1997). En esta película, un grupo de amigos atropella accidentalmente a un hombre en una ruta y deciden ponerse de acuerdo para huir y ocultar su crimen, tirando el cadáver al mar. En el momento en el que tiran el cadáver al mar el mismo recobra vida, pero es empujado por el grupo que, tras su huida, hace un pacto de silencio prometiendo nunca volver a hablar de eso. Un año después, el grupo regresa, pero entonces empezará el slasher propiamente dicho en el que serán perseguidos por un asesino

<sup>17</sup> Este último podría ser un agravante en caso de que muriesen ambos padres, pero con el añadido de que el causante también muere en el accidente, por lo que es un delito imposible.

con un garfio. En la primera escena, podemos ver los requisitos para ambos agravantes, la fuga y el deliberado no intento de socorro; independientemente de los cargos por encubrimiento que puedan entrar en concurso.

En particular, el cine tiene su dosis de accidentes y fuga, incluyendo uno fuera de cámara en láser el primer episodio de la segunda temporada de la reiteradamente referida *Black Mirror*, titulado *Be Right Back* (2013); pero me detendré en uno específico en la película *Crash* (2004), donde dos asaltantes llamados Anthony y Peter atropellan a un hombre asiático en un vehículo robado. Tras una discusión sobre qué deben hacer con él, deciden finalmente dejarlo en la puerta de un hospital, antes de huir. En este caso particular, y por el desenvolvimiento posterior de la trama, vale la pena preguntarse si se configura o no el segundo agravante; por más que el primero es claro.

Continúan una serie de agravantes con puntos en común, entre ellos, aquellos que penalizan el uso de sustancias que alteran la capacidad de conducción de los sujetos. El primero de estos es la conducción *bajo los efectos de estupefacientes*, entendiendo estos como “los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional” (art. 77 CP). Esta circunstancia, debiera ser probada por los exámenes médicos correspondientes al conductor.

Durante todo el periodo de investigación, no ha sido posible encontrar cintas que representen exactamente el hecho típico, pero sí cintas que representan la conducción bajo el efecto de estupefacientes *Trainspotting* (1996), donde Renton (Ewan McGregor) conduce bajo los efectos de la heroína; *Fear and Loathing in Las Vegas* (1998), en una reconocida escena en la que Raoul Duke (Johnny Depp) y su abogado Dr. Gonzo (Benicio Del Toro) conducen por Las Vegas bajo la influencia de drogas; y la escena más icónica en *The Wolf of Wall Street* (2013) en donde el personaje de Leonardo DiCaprio, Jordan Belfort, se emborracha y consume drogas antes de conducir y estrellar su Lamborghini (en otra escena asimismo, causa un accidente de helicóptero). Sin embargo, en nuestra investigación no hemos encontrado cintas que representen precisamente el hecho típico del homicidio vehicular bajo el efecto de estupefacientes.

Por otro lado, el siguiente agravante es el de la conducción *bajo determinado nivel de impregnación alcohólica*, existiendo una distinción entre sujetos activos del delito: el *nivel de alcoholemia debe igual o superior a 500 mg por litro de sangre en conductores de transporte público y en 1 g por litro de sangre en los demás casos*. Si bien esto genera controversias respecto a la probanza del mismo (pudiendo constituir el testeo posterior al accidente una prueba autoincriminatoria), la realidad social de la gravedad y frecuencia de accidentes de tránsito producidos por conductores bajo estado de ebriedad, es lo que justificó la edición de esta figura penal al código.

En este caso, la escena presentada al comienzo del cuarto episodio de la tercera temporada de *Black Mirror*, *Crocodile* (2017), se encuadra perfectamente. En este seguimos la historia de una pareja, Rob y Mia. Tras salir a una fiesta y conducir en estado de ebriedad hacia la casa de

ambos, Rob accidentalmente golpea y mata a un ciclista en una ruta pérdida de montaña. Este, termina convenciendo a Mia para que lo ayude a encubrir la muerte tirando el cuerpo y la bicicleta del ciclista al lago. El episodio retoma quince años más tarde, con Mia casada y dueña de una carrera exitosa. En un viaje de negocios, reencuentra a Rob en su hotel, que se encuentra bajo remordimiento al encontrar un artículo periodístico sobre el ciclista muerto, cuya esposa cree que está vivo y todavía lo está buscando. Más allá de la continuación del capítulo, hasta entonces tendremos un caso de cajón de homicidio culposo por conducción bajo efectos del alcohol.

En el cine, la cinta *The Judge* (2014), presenta en teoría un caso equivalente. En la misma, seguimos a Hank, un abogado que emprende la defensa de su padre, acusado por un homicidio vehicular por conducción en estado de ebriedad. Sin embargo, será a lo largo de la cinta que descubriremos que ese no es el caso, y que en principio el padre se encontraba inmerso en cierta causal de justificación.

A partir de aquí, son una serie de conductas *antirreglamentarias* aquellas agravadas en el homicidio de un vehículo con motor. En primer lugar, la *conducción a velocidad excesiva*, entendida la misma como la conducción a más de 30 km. por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho.

En segundo lugar, la conducción bajo *Inhabilitación por autoridad competente*, en infracción a la norma administrativa que inhabilita al mismo a conducir; no debiendo entenderse este como equivalente a la conducción sin permiso habilitante, por no haberlo sacado nunca, o por robo o extravío, es necesaria la orden judicial que prohíbe la conducción.

En tercer lugar, se encuentra la *violación de las indicaciones del semáforo* y la *circulación de contramano en sentido contrario a lo que indican las señales de tránsito*, dos figuras que comprenden lo mismo, una conducción antirreglamentaria que, por su peligrosidad, puede poner en riesgo la vida de las personas.

En todos estos casos, podemos citar ejemplos sobrados en las cintas de *The Fast and the Furious*, y en particular en las últimas, en donde si bien nadie muere en carreras ilegales (irónicamente), tenemos una docena de homicidios vehiculares (dolosos y culposos) en otro tipo de eventos. En particular, en *Fast & Furious* (2009), tenemos una escena de persecución a través de los túneles fronterizos; en *Fast Five* (2011), la mítica escena de la caja fuerte arrastrada por dos vehículos que es utilizada como arma; y en *Fast & Furious 6* (2013), la persecución con un tanque por el medio de la autopista. A partir de *Furious 7* (2015), el uso de los automóviles se reduce, pero queda espacio para la comisión de delitos en otros vehículos con motor, como aviones (esta cinta), submarinos (*The Fate of the Furious*, 2017) o transbordadores espaciales (*F9*, 2021).

Consecutivamente, y continuando con la línea de las cintas presentadas con anterioridad, la ley incluye un agravante con una remisión a otra figura penal modificada por la Ley 27.347, llamadas coloquialmente *picadas ilegales*. El artículo directamente menciona "*cuando se dieren las circunstancias previstas en el artículo 193 bis*". El mismo dispone que:



**Art. 193 bis.** Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena, el conductor que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo con motor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente.

La misma pena se aplicará a quien organizare o promocionare la conducta prevista en el presente artículo, y a quien posibilitare su realización por un tercero mediante la entrega de un vehículo con motor de su propiedad o confiado a su custodia, sabiendo que será utilizado para ese fin.

El ejemplo que parece lógico, la mencionada saga *The Fast and the Furious*, sin embargo no tiene un caso específico de consecución de la figura penal, Principalmente, porque en los casos específicos en los que una *prueba de destreza* causa la muerte de una persona, suele ser la muerte del participante en la misma: Edwin en la primera (*The Fast and the Furious*, 2001), Han Lue y Takashi en la tercera (*The Fast and the Furious: Tokyo Drift*, 2006), Alex y el corredor sin nombre (interpretado por David Douglas) en la cuarta (*Fast & Furious*, 2009).

Aunque en otra cinta de similares características, existe un hecho que no solo se encuadra en la figura, sino que es el disparador específico de la cinta *Need for Speed* (2014). La misma, basada en el videojuego del mismo nombre, relata la historia del corredor callejero Tobey Marshall, quien se embarca en una carrera contrarreloj ilegal para vengar la muerte de su amigo Pete a manos de un corredor rival, Dino Brewste. El mismo Dino, acusó injustamente a Tobey de haber causado la muerte de éste, por lo que Tobey cumplió una pena de prisión por homicidio vehicular involuntario, retomando la cinta una vez que el protagonista sale de la cárcel. Aunque para ser precisos, la escena muestra a Dino deliberadamente chocando el vehículo de Pete para ocasionar su accidente, el hecho que se le imputa al protagonista es el de este tipo penal específico.

El último de los agravantes, es de la *conducción con culpa temeraria*, lo que constituye un concepto jurídico indeterminado, aunque existe acuerdo que es una suerte de *formas más grave de la culpa*. En líneas generales, podría interpretarse la temeridad como "*una grave infracción de las normas de cuidado*", o bien "*un evidente incumplimiento de los más elementales deberes de prudencia en la conducción de un automotor*" (Buompadre - Creus, 2017, p. 107)

Para no reiterar la mención a la famosa saga de automóviles, podemos ver otra conocida saga que comparte un actor recurrente en *The Transporter* (2002), y sus reiteradas secuelas. En particular, la primera película presenta una escena en la que Frank, el personaje de Jason Statham, provoca la muerte de varios de sus perseguidores al conducir un camión y chocándolos.

Por último, el agravante final es el históricamente incluido en la figura penal, el delito con *pluralidad de resultado*, que agrava el hecho "*cuando fueren más de una las víctimas fatales*", con una agravante lógica en la mayor gravedad del hecho.

Retomando el comienzo de esta sección del trabajo en torno a las historias de origen de héroes y villanos, es el perfecto ejemplo, la historia de origen de Jean Grey en *X-Men Dark Phoenix* (2019), donde sus padres mueren tras un accidente de tránsito en la ruta; siendo ambigua la responsabilidad de Jean en el hecho.

Por último, y para no realizar una omisión deliberada, vale la pena una mención a una saga cuya referencia a la temática parece lógica: *La Carrera de la Muerte*. Sin embargo, tanto la original (*Death Race 2000*, 1975) como la nueva saga (*Death Race*, 2008 y sus secuelas), contienen una docena de asesinatos con vehículo con motor dolosos, y solo algunos casos aislados de homicidios culposos, por lo que no es de valor en el análisis de la figura penal.

## Bibliografía

Buompadre, J. E. (2017). *Homicidio Culposo Agravado*, 1–134. Recuperado 14 de febrero de 2023 desde: <https://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/45052-art-84-bis-homicidio-culposo-agravado-actualizado>

Buompadre, J. E., & Creus, C. (2018). *Derecho Penal. Parte Especial (Vol. I)*. Astrea.  
Código Penal de la Nación Argentina

## Filmografía

Anderson, P. W. S. (2008). *Death Race* [Film]. Estados Unidos; Relativity Media, Cruise/Wagner Productions & Impact Pictures

Bartel, P. (1975). *Death Race 2000* [Film]. Estados Unidos; New World Pictures.

Boyle, D. (1996). *Trainspotting* [Film]. Reino Unido; Film4 Productions & Figment Films.

Blakeson, J. (2016). *The 5th Wave* [Film]. Estados Unidos; GK Films, Village Roadshow Pictures & Material Pictures.

Cohen, R. (2001). *The Fast and the Furious* [Film]. Estados Unidos; Universal Pictures.

Dobkin, D. (2014). *The Judge* [Film]. Estados Unidos; Village Roadshow Pictures & Team Downey

Dong-hyuk, H. (2021). *The Squid Game [Ojingeo Geim]* [Serie]. Corea del Sur; Netflix.

Fukasaku, K. (2000). *Battle Royale [バトル・ロワイアル]* [Film]. Japón; Battle Royal Production Committee.

Gilliam, T. (1998). *Fear and Loathing in Las Vegas* [Film]. Estados Unidos; Rhino Entertainment Company & Summit Entertainment

Gillespie, J. (1997). *I Know What You Did Last Summer* [Film]. Estados Unidos; Mandalay Entertainment

- Goldfrid, H. (2013). *Tesis sobre un homicidio* [Film]. Argentina; BD cine, Tornasol Films, Telefé Contenidos, DirecTV, Haddock Films, Castafiore Films, Moviecity & Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales
- Gray, F. G. (2017). *The Fate of the Furious* [Film]. Estados Unidos; Original Film
- Haggis, P. (2014). *Crash* [Film]. Estados Unidos; ApolloProScreen GmbH & Co Harris Company
- Hanson, C. (1997). *L.A. Confidential* [Film]. Estados Unidos; Regency Enterprises.
- Harris, O. (2013). *Black Mirror: Be Right Back* [Serie]. Reino Unido; Channel 4.
- Hawes, J. (2016). *Black Mirror: Hated in the Nation* [Serie]. Estados Unidos; Netflix.
- Hillcoat, J. (2017). *Black Mirror: Crocodile* [Serie]. Estados Unidos; Netflix.
- Johnson, M. S. (2007). *Ghost Rider* [Film]. Estados Unidos; Marvel Studios.
- Johnson, R. (2019). *Knives Out* [Film]. Estados Unidos; FilmNation Entertainment.
- Kinberg, S. (2019). *X-Men Dark Phoenix* [Film]. Estados Unidos; 20th Century Fox
- Leterrier, L. (2002). *The Transporter* [Film]. Francia; EuropaCorp, TF1 & Canal+
- Lin, J. (2006). *The Fast and the Furious: Tokyo Drift* [Film]. Estados Unidos; Universal Pictures
- Lin, J. (2009). *Fast & Furious* [Film]. Estados Unidos; Universal Pictures
- Lin, J. (2011). *Fast Five* [Film]. Estados Unidos; Universal Pictures
- Lin, J. (2013). *Fast & Furious 6* [Film]. Estados Unidos; Original Film
- Lin, J. (2021). *F9* [Film]. Estados Unidos; Original Film
- Minghella, A. (1997). *The Talented Mr. Ripley* [Film]. Estados Unidos; Paramount Pictures.
- Raimi, S. (2007). *Spiderman 3* [Film]. Estados Unidos; Columbia Pictures
- Roach, J. (1997). *Austin Power: International Man of Mystery* [Film]. Estados Unidos; New Line Productions.
- Ross, G. (2012). *The Hunger Games* [Film]. Estados Unidos; Lionsgate.
- Sandberg, D. F. (2019). *Shazam!* [Film]. Estados Unidos; DC Films, New Line Cinema, The Safran Company & Mad Ghost Productions
- Scorsese, M. (2013). *The Wolf of Wall Street* [Film]. Estados Unidos; Paramount Pictures
- Singleton, J. (2003). *2 Fast 2 Furious* [Film]. Estados Unidos; Universal Pictures
- Szifron, D. (2014). *Relatos Salvajes* [Film]. Argentina; Kramer & Sigman Films, El Deseo, Telefe & Corner Contenidos
- Tarantino, Q. (1994). *Pulp Fiction* [Film]. Estados Unidos; A Band Apart & Jersey Films
- Tibbets, C. (2014). *Black Mirror: White Christmas* [Serie]. Reino Unido; Channel 4.
- Trachtenberg, D. (2016). *Black Mirror: Playtest* [Serie]. Estados Unidos; Netflix.
- Trapero, P. (2010). *Carancho* [Film]. Argentina; Fine Cut, Ibermedia European Community Program, Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales, L90 Producciones, Matanza Cine & Patagonik Film Group
- Verbruggen, J. (2016). *Black Mirror: Men Against Fire* [Serie]. Estados Unidos; Netflix.
- Wan, J. (2015). *Furious 7* [Film]. Estados Unidos; Original Film
- Waugh, S. (2014). *Need for Speed* [Film]. Estados Unidos; DreamWorks Pictures, Touchstone Pictures, Reliance Entertainment, Electronic Arts & Bandito Brothers

Webb, M. (2012). *The Amazing Spiderman* [Film]. Estados Unidos; Columbia Pictures

Wright, E. (2017). *Baby Driver* [Film]. Reino Unido; Media Rights Capital, Big Talk Productions  
& Working Title Films

## CAPÍTULO 3

### Aborto y cine

*María Elia Klappenbach*

#### El aborto en el cine

Hay innumerables series y películas que dan cuenta de embarazos no buscados, no queridos. No deseados por motivos sumamente distintos. Desde los que son producto de un abuso sexual o fruto de un amor clandestino o prohibido, embarazos a edad temprana, hasta aquéllos que impiden o dificultan la vida profesional o personal de alguien.

Pese a ser un tema recurrente en las películas, habitualmente no se lo aborda en forma directa.

Uno de estos ejemplos lo encontramos en el clásico de los años 80 *Baile caliente* (Dirty Dancing, 1987)<sup>18</sup>

De manera tangencial deja ver los peligros que corría una mujer pobre en los años 60 al abortar de manera ilegal.

Digo de manera tangencial porque en realidad la película se centra y cuenta la historia de Frances “Baby” Houseman, una joven que se enamora del profesor de baile Johnny Castle — Swayze— en un centro vacacional.

Baby se entera de que la pareja de baile de Johnny, Penny, está embarazada de Robbie, un mesero y mujeriego que asiste a la Escuela de Medicina de Yale. También sabe que, al no recibir ninguna ayuda de Robbie, Penny decide abortar. Baby le consigue el dinero para que pueda hacerlo.

El procedimiento de aborto en sí no es retratado en el film, solo se menciona que fue realizado “sobre una mesa y con un cuchillo” y, a consecuencia del mismo, Penny casi muere. La película deja entrever claramente que debió realizarlo en forma ilegal y, al hacerlo en condiciones precarias, puso en riesgo su vida.

---

<sup>18</sup> Escrita por Eleanor Bergstein, producida por Linda Gottlieb y dirigida por Emile Ardolino. La protagonizan Patrick Swanyze y Jennifer Grey. La película tuvo un gran éxito comercial y obtuvo un Oscar por mejor canción original. Se estrenó en el Festival de Cine de Cannes el 12 de mayo de 1987 y el 21 de agosto en los Estados Unidos, recaudó más de 214 millones de dólares en todo el mundo y fue la primera película en vender más de un millón de copias en VHS.

Como dije, en el cine en pocas ocasiones se ha tocado el tema del aborto de manera central y cuando se lo ha hecho, por lo general, es para condenarlo, desde una visión moralista o, cuando no, abiertamente religiosa.

La película estadounidense estrenada en el año 2019 *Unplanned* (conocida como *Inesperado* en Hispanoamérica), es un ejemplo de ello<sup>19</sup>.

Cuenta la vida de Abby, quien, como estudiante de psicología, se inicia como voluntaria en campañas a favor del aborto. Su trayectoria allí la va llevando hasta el puesto de Directora de la clínica *Planned Parenthood*, donde se realizaban estas prácticas. Antes de ingresar allí como empleada, había concurrido al lugar para realizarse una de las dos interrupciones del embarazo a las que se había sometido.

Luego de varios años de dirigir la clínica le otorgan un premio reconociendo su desempeño. El quiebre en su posición a favor del aborto se presenta cuando es llamada para ayudar en un procedimiento por aspiración -guiada con ultrasonido- de una joven que llevaba trece semanas de gestación. De acuerdo a lo que surge del film, la protagonista nunca antes había presenciado un aborto encontrando el proceso horrible y perturbador.

Abby renuncia formalmente a su trabajo y comienza a ayudar en una campaña en contra del aborto. La misma se desarrolla incluso, frente al lugar donde, hasta el día anterior, trabajaba. La clínica la demanda por filtrar información confidencial sobre sus operaciones, sin embargo, el juez encuentra rápidamente sin mérito el caso y dictamina a favor de la protagonista. La película termina cuando en 2013 cerró la clínica en la que había trabajado. Se organizó un evento, en el edificio ya abandonado, donde expresa su pesar por haber participado en innumerables abortos y por haberse practicado dos ella misma.

En Texas donde transcurre la película el aborto estaba permitido.

En otras películas los embarazos no deseados han sido retratados desde una mirada romántica, donde las mujeres terminan aceptándolos.

El film *Juno* (2007, titulado *Juno* en España, *La joven vida de Juno*, en Argentina),<sup>20</sup> nos sirve para mostrar de lo que estamos hablando.

Su trama gira en torno a Juno MacGuff (Elliot Page), una adolescente de dieciséis años, que vive en Minnesota y descubre que está embarazada de su amigo Paulie Bleeker (Michael Cera) tras tener relaciones sexuales en el sofá de su dormitorio. Aunque inicialmente se inclina por abortar, en la clínica se arrepiente cuando la increpan los manifestantes provida. Decide, entonces, tener el bebé y darlo en adopción. Con la ayuda de su amiga Leah (Olivia Thirlby),

<sup>19</sup>Fue escrita y dirigida por Cary Solomon y Chuck Konzelman. Se basa en el libro de memorias *Unplanned* de Abby Johnson. Está protagonizada por Ashley Bratcher, Brooks Ryan y Robia Scott. Se estrenó en los Estados Unidos por la productora y distribuidora de Cristianismo Evangélico Pure Flix. Algunas cadenas de televisión se negaron a emitir anuncios de la película debido a su temática. Recaudó 21 millones de dólares en todo el mundo con un presupuesto de 6 millones. La exactitud del retrato del aborto y de *Planned Parenthood* en la película ha sido muy criticada por médicos y defensores de esta clínica, y varios comentaristas la han calificado de propaganda política.

<sup>20</sup>El film fue dirigido por Jason Reitman, escrito por Diablo Cody y protagonizado por Elliot Page, Michael Cera, Jennifer Garner y Jason Bateman. Se estrenó el 8 de septiembre de 2007 en el Festival Internacional de Cine de Toronto. La película fue nominada a cuatro premios Óscar, entre ellos el de mejor película, pero solo ganó en la categoría de mejor guion original. *Juno* recuperó en la taquilla su presupuesto inicial de 6,5 millones de dólares en veinte días; diecinueve de los cuales correspondieron a su estreno en un número limitado de cines. El filme terminó recaudando 35 veces esa cantidad, convirtiéndose en la película que ha recaudado más dinero en la historia de la distribuidora Fox Searchlight Pictures. *Juno* recibió una buena respuesta por parte de la crítica cinematográfica, siendo incluida en varias selecciones de las mejores películas del año. Sin embargo, la cinta fue criticada por fanáticos y conservadores miembros de las comunidades provida y proelección por su manera poco dogmática de tratar el tema del aborto

Juno busca en el periódico y encuentra a una pareja que cree le dará un hogar apropiado. Junto a su padre, Mac (J. K. Simmons), Juno se encuentra con la pareja, Mark y Vanessa Loring (Jason Bateman y Jennifer Garner) y arreglan una adopción privada. La joven Juno solo acepta que se hagan cargo de los gastos médicos.

Una forma novedosa de tratar el tema del aborto, se da en la película chilena *Las demás*<sup>21</sup> (2023), dirigida por Alexandra Hyland que participa de la Competencia Internacional de la 24° edición del **Festival Internacional de Cine Independiente de Buenos Aires** (BAFICI).

Cuenta la historia de Rafaela (Nicole Sazo Cariola) y Gabriela (Alicia Luz Rodríguez), dos jóvenes e inseparables amigas que llevan una existencia bastante relajada que combina desde glamour hasta drogas. En una de las fiestas a las que solían concurrir, Rafaela mantiene un casual encuentro sexual con un muchacho. Nueve semanas después descubre que está embarazada.

Lo que sigue es un derrotero por Santiago para conseguir en el mercado negro atención médica o pastillas de Misoprostol. Esto también se ha visto en films más recientes como *Never Rarely Sometimes Always* o *Invisible*, pero la diferencia aquí es que se lo aborda en un tono de comedia.

Muestra el desamparo, la burocracia, los prejuicios y la desidia de una sociedad que todavía no reconoce la ampliación de los derechos de las mujeres. Retrata la violencia institucional a la que deben enfrentarse estas amigas y las diferencias existentes entre quienes abortan de manera ilegal y sin recursos y aquéllas que poseen poder adquisitivo para hacerlo. No es necesario aclararlo, las primeras ponen en riesgos sus vidas, mientras que las otras acceden a un tratamiento seguro.

La nombrada película argentina *Invisible*<sup>22</sup> también aborda el tema del aborto. Es una coproducción de nuestro país, Alemania, Brasil, Francia y Uruguay.

Cuenta la historia de Eli (Mora Arenillas), una adolescente de 17 años que asiste al último año de la escuela secundaria, trabaja de tarde en una veterinaria y convive con su madre deprimida que no quiere salir de la casa. Eli mantiene relaciones sexuales con un hombre mayor, hijo del jefe, que está casado y, a su vez, es padre.

Cuando se entera de su embarazo lo primero que piensa es en realizarse un aborto. Con la ayuda de una amiga, buscan en internet y encuentran un medicamento que se vende en farmacias y puede servirle para provocarlo. Se presentan en varias y en todas le piden receta médica: le explican que no es de venta libre. Logra conseguirlo en forma ilegal pero finalmente no llega a tomarlas. Decide contarle a su amante que está embarazada. Él le consigue un turno en una clínica donde se practican abortos en forma clandestina y le da, incluso, el dinero para el procedimiento. Eli concurre a la clínica, pero desiste de realizarse el procedimiento.

<sup>21</sup> El film, que tuvo su premier internacional en el festival de Rotterdam, retrata en tono de comedia, el difícil camino que deben transitar aquellas jóvenes en Chile que toman la decisión de interrumpir un embarazo. La película contó con un equipo de mujeres y una producción de bajo presupuesto que cuestiona las maneras de producir cine, buscando realizar historias que puedan comunicar mensajes políticos tanto delante como detrás de cámaras

<sup>22</sup> Fue escrita y dirigida por Pablo Giorgelli en colaboración con María Laura Gargarella –en guión-. Se estrenó el 8 de marzo de 2018 y está protagonizada por Mora Arenillas, Mara Bestelli, Diego Cremonesi y Jorge Waldhorn

Otra de las películas que incluye en su temática el aborto aunque no en forma absolutamente central es *Obvious Child* (2014), y lo hace con formato de comedia<sup>23</sup>.

El film, transcurre en Nueva York y sigue la historia de Donna Stern (Jenny Slate). Ella es una joven de 27 años que trabaja en una librería durante el día, y en las noches se dedica a hacer presentaciones de stand up en un bar. Sus planes futuros no están del todo definidos, por lo que sus días consisten básicamente en pasar el rato junto a sus amigos y escribir chistes para sus rutinas cómicas. Tras una separación con su novio de varios años, se emborracha y tiene relaciones con un joven que no conocía: Max (Jake Lacy). Al tiempo se da cuenta que está embarazada y decide abortar.

Aunque es una comedia, no toca el tema del aborto a modo de chiste y tampoco con poca profundidad. Hay algunos momentos donde se hacen bromas sobre este procedimiento, pero no son mal intencionados, sino que aparecen como reflejo de la personalidad de Donna quien desde arriba del escenario intenta hacer reír narrando muchos de los aspectos de su vida. No se presenta como una película a favor o en contra, pero sí muestra cómo en un lugar donde la práctica es legal la protagonista puede tomar su decisión con total libertad y mediante un abordaje seguro.

## El aborto en el Código Penal. Antecedentes

Dentro del capítulo “Delitos contra la vida” que está en el Título “Delitos contra las personas, el Código Penal sancionado en 1921 contemplaba el delito de aborto.

Así, en el art. 85 determinaba que quien causare un aborto sería reprimido con:

1. Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin el consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.
2. Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

El artículo 86, establecía que incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

- 1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;

---

<sup>23</sup> Es una película de escrita y dirigida por Gillian Robespierre. La película es protagonizada por Jenny Slate, Jake Lacy, Gaby Hoffmann y David Cross. Se estrenó en el Festival Internacional de Cine de Sundance y fue elegida por A24 para un estreno en Estados Unidos. Ganó el *Red Crown Producer's Award* en ese festival.



2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

El art. 87, reprimía con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.

Finalmente, el art. 88. Expresaba que sería reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.

## La reforma a estos artículos

La reforma a los artículos que preveían el delito de aborto se produjo con la ley 27.610, sancionada el 30 de diciembre de 2020, promulgada el 14 de enero de 2021 y publicada en el Boletín Oficial el 15 de enero del mismo año.

De acuerdo a lo que surge del propio texto del proyecto, tiene por objeto la regulación del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, a reducir la morbilidad y la mortalidad prevenible a la luz de las evidencias disponibles a nivel mundial y nacional.

Así, el art. 1 establece que el objeto de la ley es la regulación del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto, aclarando que se hace acorde a compromisos asumidos por el Estado argentino en materia de salud y derechos humanos de las mujeres, —lo que implica una remisión a instrumentos internacionales—, y de personas con otras identidades de género con capacidad de gestar.

También determina como fin la reducción de la mortalidad y morbilidad. Tiene redacción más amplia que la del otro proyecto de reforma a la ley que se realizó en el año 2018, en tanto este último acotaba el objeto al derecho de acceso a la práctica.

En cada uno de los artículos que sancionan el aborto, la figura penal se define utilizando un lenguaje inclusivo. Así se refiere al sujeto activo como “el o la que”. Es la primera vez que en el Código Penal se legisla de esta forma.

Esto es uno de los indicadores de la impronta que tiene esta particular reforma al Código Penal. En este sentido, no solo se trata de una modificación de varios tipos penales, sino que está inscripta en un contexto donde se les reconoce derechos a la mujer y a personas con otras identidades de género con capacidad de gestar. En particular en este caso: el derecho a elegir.

La ley propicia que esa elección o decisión —de continuar o no con un embarazo— se pueda realizar además de manera legal y segura.

Busca erradicar prácticas que perpetúan el ejercicio de violencia contra las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar, expresamente lo establece así en su artículo 5.

Se destaca la protección que otorgan a los derechos sexuales y reproductivos, a la dignidad, a la vida, a la autonomía, a la salud, a la educación, a la integridad, a la diversidad corporal, a la identidad de género, a la diversidad étnico-cultural, a la privacidad, a la libertad de creencias y pensamientos, a la información, a gozar de los beneficios de los avances científicos, a la igualdad real de oportunidades, a la no discriminación y a una vida libre de violencias.

Si bien, antes de la reforma en la Argentina y en otros países latinoamericanos la legislación que criminaliza el aborto había sido revisada por numerosos precedentes judiciales -y en algunos casos legislativos-, la persecución a las mujeres se mantenía por la estrecha visión que se tenía sobre el estereotipo de mujer-madre.

Es decir, por no encajar en el ideal injusto e irreal de la maternidad superpoderosa. El derecho al aborto legal, seguro y gratuito se coloca como una política necesaria para erradicar el fenómeno que causa el aborto clandestino y también el que obliga a la mujer a una maternidad no deseada. Es de suma importancia el artículo 2 de la ley, donde se consigna expresamente este derecho a elegir. Como así también la incorporación del art. 85 bis en el cual se sanciona a quiénes, siendo funcionaria o funcionario público, autoridad en un centro de salud, profesional, efector o personal de salud, dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare, en contravención de la normativa vigente.

Una política criminal que se respalde en el ordenamiento constitucional y que, por ende, se base en una perspectiva de derechos debe contar con mecanismos de exigibilidad para disminuir el riesgo de que su acción y sus programas sean de carácter discriminatorio, asistencialista y de corto plazo.

Se reconoce a las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar los derechos a:

- a) Decidir la interrupción del embarazo de conformidad con lo establecido en la ley;
- b) Requerir y acceder a la atención de la interrupción del embarazo en los servicios del sistema de salud.
- c) Requerir y recibir atención postaborto en los servicios del sistema de salud, sin perjuicio de que la decisión de abortar hubiera sido contraria a los casos legalmente habilitados de conformidad con la presente ley;
- d) Prevenir los embarazos no intencionales mediante el acceso a información, educación sexual integral y a métodos anticonceptivos eficaces.

La reforma se inscribe sobre un marco normativo internacional. Se citan especialmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la

Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

## Interrupción voluntaria del embarazo

A partir de la sanción de la ley, las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce, inclusive, del proceso gestacional.

Fuera del plazo dispuesto en el párrafo anterior, la persona gestante tiene derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo solo en las siguientes situaciones:

a) Si el embarazo fuere resultado de una violación, con el requerimiento y la declaración jurada pertinente de la persona gestante, ante el personal de salud interviniente.

En los casos de niñas menores de trece años de edad, la declaración jurada no será requerida;

Que no se le exija a una menor de trece años la declaración jurada acerca de que el embarazo es producto de una violación tiene vinculación directamente con la circunstancia de entender que, quien tiene menos de esa edad, no puede dar su consentimiento válidamente para tener relaciones sexuales.

b) Si estuviere en peligro la vida o la salud integral de la persona gestante.

Se le reconoce también el derecho a acceder a la interrupción de su embarazo en los servicios del sistema de salud o con su asistencia, en un plazo máximo de diez días corridos desde su requerimiento y en las condiciones que se establecen en la presente ley y en las leyes 26.485, 26.529 y concordantes (art. 5).

En este proceso -atención del aborto y postaborto- se le reconoce el derecho a:

a) Trato digno: El personal de salud debe observar un trato digno, respetando las convicciones personales y morales de la paciente;

b) Privacidad: Toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener y transmitir información y documentación clínica de la paciente debe garantizar la construcción y preservación de un ambiente de confianza entre el personal de salud y las personas que solicitan la atención, y observar el estricto respeto por su intimidad, dignidad humana y autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la confidencialidad; solo se compartirá información o se incluirá a su familia o a su acompañante con su expresa autorización, conforme las previsiones del artículo 8º de la presente ley.

Asimismo, deberá protegerse a la paciente de injerencias ilegítimas por parte de terceros.

En los casos de violación cuyas víctimas fueran niñas o adolescentes, el deber de comunicar la vulneración de derechos previsto en el artículo 30 de la ley 26.061 y el deber de formular denuncia penal establecido en el artículo 24, inciso e), de la ley 26.485 en el marco de lo dispuesto por el artículo 72 del Código Penal, deberán cumplirse respetando el derecho a la privacidad y confidencialidad de niñas y adolescentes, su capacidad progresiva e interés

superior de conformidad con la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061 y el artículo 26 del Código Civil y Comercial, y no deberán obstruir ni dilatar el acceso a los derechos establecidos en la presente ley;

c) Confidencialidad: El personal de salud debe crear las condiciones para el resguardo de la confidencialidad y el secreto médico durante todo el proceso de atención y también con posterioridad. Debe informar durante la consulta que la confidencialidad está garantizada y resulta alcanzada por el secreto médico.

La paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manejo de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, deba respetar el derecho a la confidencialidad, salvo expresa autorización escrita de la propia paciente;

d) Autonomía de la voluntad: El personal de salud debe respetar las decisiones de las pacientes respecto al ejercicio de sus derechos reproductivos, las alternativas de tratamiento y su futura salud sexual y reproductiva. Las decisiones de la paciente no deben ser sometidas a juicios derivados de consideraciones personales, religiosas o axiológicas por parte del personal de salud, debiendo prevalecer su libre y autónoma voluntad;

e) Acceso a la información: El personal de salud debe mantener una escucha activa y respetuosa de las pacientes para expresar libremente sus necesidades y preferencias. La paciente tiene derecho a recibir la información sobre su salud; el derecho a la información incluye el de no recibir información inadecuada en relación con la solicitada.

Se debe suministrar información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, los alcances y consecuencias de la práctica. Dicha información debe ser actualizada, comprensible, veraz y brindada en lenguaje y con formatos accesibles.

El personal de salud y las autoridades públicas tienen la obligación de suministrar la información disponible sobre los derechos protegidos por la presente ley de forma dinámica y a lo largo de todo el proceso de atención, incluso si no hay una solicitud explícita;

f) Calidad: El personal de salud debe respetar y garantizar el tratamiento del aborto conforme los alcances y la definición de la Organización Mundial de la Salud. La atención será brindada siguiendo los estándares de calidad, accesibilidad, competencia técnica, rango de opciones disponibles e información científica actualizada.

Art. 6º- Información y tratamiento del aborto y de la salud sexual y reproductiva.

Realizada la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo de conformidad con el artículo 4º, el establecimiento de salud pondrá a disposición de las personas gestantes que así lo requieran, en el marco del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, ley 25.673, lo siguiente:

a) Información sobre el procedimiento que se llevará a cabo y los cuidados posteriores necesarios, siguiendo los criterios del artículo anterior;

b) Atención integral de su salud a lo largo de todo el proceso;

c) Acompañamiento en el cuidado de la salud e información adecuada y accesible a las necesidades de cada persona, científica, actualizada sobre los distintos métodos anticonceptivos disponibles, así como la provisión de los métodos anticonceptivos previstos en

el Programa Médico Obligatorio (PMO) y en la ley 25.673 o la normativa que en el futuro la reemplace.

Estos servicios no son obligatorios para la paciente ni condición para la realización de la práctica.

Art. 7º- Consentimiento informado. Previo a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo se requiere el consentimiento informado de la persona gestante expresado por escrito, de conformidad con lo previsto en la ley 26.529 y concordantes y en el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación. Nadie puede ser sustituido en el ejercicio personal de este derecho.

Art. 8º- Personas menores de edad. En el marco de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, la ley 26.061, el artículo 7º del anexo I del decreto 415/06, el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación y la resolución 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación, la solicitud de la interrupción voluntaria del embarazo deberá ser efectuada de la siguiente manera:

a) Las personas mayores de dieciséis (16) años de edad tienen plena capacidad por sí para prestar su consentimiento a fin de ejercer los derechos que otorga la presente ley;

b) En los casos de personas menores de dieciséis (16) años de edad, se requerirá su consentimiento informado en los términos del artículo anterior y se procederá conforme lo dispuesto en el artículo 26 del Código Civil y Comercial y la resolución 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061, el artículo 7º del anexo I del decreto reglamentario 415/06 y el decreto reglamentario 1.282/03 de la ley 25.673.

Art. 9º- Personas con capacidad restringida. Si se tratare de una persona con capacidad restringida por sentencia judicial y la restricción no tuviere relación con el ejercicio de los derechos que otorga la presente ley, podrá prestar su consentimiento informado sin ningún impedimento ni necesidad de autorización previa alguna y, si lo deseara, con la asistencia del sistema de apoyo previsto en el artículo 43 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Las personas que actúan como sistema de apoyo no representan ni sustituyen a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos y, por tanto, es necesario que el diseño del sistema de apoyo incorpore salvaguardas adecuadas para que no existan abusos y las decisiones sean tomadas por la titular del derecho.

Si la sentencia judicial de restricción a la capacidad impide prestar el consentimiento para el ejercicio de los derechos previstos en la presente ley, o la persona ha sido declarada incapaz judicialmente, deberá prestar su consentimiento con la asistencia de su representante legal o, a falta o ausencia de este o esta, la de una persona allegada, en los términos del artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Art. 10.- Objeción de conciencia. El o la profesional de salud que deba intervenir de manera directa en la interrupción del embarazo tiene derecho a ejercer la objeción de conciencia. A los fines del ejercicio de la misma, deberá:

- a) Mantener su decisión en todos los ámbitos, público, privado o de la seguridad social, en los que ejerza su profesión;
- b) Derivar de buena fe a la paciente para que sea atendida por otro u otra profesional en forma temporánea y oportuna, sin dilaciones;
- c) Cumplir con el resto de sus deberes profesionales y obligaciones jurídicas.

El personal de salud no podrá negarse a la realización de la interrupción del embarazo en caso de que la vida o salud de la persona gestante esté en peligro y requiera atención inmediata e impostergable.

No se podrá alegar objeción de conciencia para negarse a prestar atención sanitaria postaborto.

El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo dará lugar a las sanciones disciplinarias, administrativas, penales y civiles, según corresponda.

Art. 11.- Objeción de conciencia. Obligaciones de los establecimientos de salud. Aquellos efectores de salud del subsector privado o de la seguridad social que no cuenten con profesionales para realizar la interrupción del embarazo a causa del ejercicio del derecho de objeción de conciencia de conformidad con el artículo anterior, deberán prever y disponer la derivación a un efector que realice efectivamente la prestación y que sea de similares características al que la persona solicitante de la prestación consultó. En todos los casos se debe garantizar la realización de la práctica conforme a las previsiones de la presente ley. Las gestiones y costos asociados a la derivación y el traslado de la paciente quedarán a cargo del efector que realice la derivación. Todas las derivaciones contempladas en este artículo deberán facturarse de acuerdo con la cobertura a favor del efector que realice la práctica.

Art. 12.- Cobertura y calidad de las prestaciones. El sector público de la salud, las obras sociales enmarcadas en la ley 23.660 y en la ley 23.661, el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados creado por la ley 19.032, las entidades y agentes de salud comprendidos en la ley 26.682, de marco regulatorio de medicina prepaga, las entidades que brinden atención dentro de la reglamentación del decreto 1.993/11, las obras sociales de las fuerzas armadas y de seguridad, las obras sociales del Poder Legislativo y Judicial y las comprendidas en la ley 24.741, de obras sociales universitarias, y todos aquellos agentes y organizaciones que brinden servicios médico-asistenciales a las personas afiliadas o beneficiarias, independientemente de la figura jurídica que posean, deben incorporar la cobertura integral y gratuita de la interrupción voluntaria del embarazo prevista en la presente ley en todas las formas que la Organización Mundial de la Salud recomienda. Estas prestaciones quedan incluidas en el Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica y en el PMO con cobertura total, junto con las prestaciones de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo.

Art. 13.- Educación sexual integral y salud sexual y reproductiva. El Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios tienen la responsabilidad de implementar la ley 26.150, de Educación Sexual Integral, estableciendo políticas activas para la promoción y el fortalecimiento de la salud sexual y reproductiva de toda la población.

Estas políticas deberán estar enmarcadas en los objetivos y alcances establecidos en las leyes 23.798, 25.673, 26.061, 26.075, 26.130, 26.150, 26.206, 26.485, 26.743 y 27.499, además de las leyes ya citadas en la ley. Deberán, además, capacitar sobre perspectiva de género y diversidad sexual a los y las docentes y a los y las profesionales y demás trabajadores y trabajadoras de la salud, a fin de brindar atención, contención y seguimiento adecuados a quienes soliciten realizar una interrupción voluntaria del embarazo en los términos de la presente ley, así como a los funcionarios públicos y las funcionarias públicas que actúen en dichos procesos.

## La nueva redacción en relación al delito de aborto

Así quedaron los artículos que prevén el delito de aborto a partir de la reforma de la ley 27.610.

Artículo 85. El o la que causare un aborto será reprimido:

1. Con prisión de tres (3) a diez (10) años, si obrare sin consentimiento de la persona gestante. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) años si el hecho fuere seguido de la muerte de la persona gestante.

2. Con prisión de tres (3) meses a un (1) año, si obrare con consentimiento de la persona gestante, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86.

Artículo 85 bis. - Será reprimido o reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena, el funcionario público o la funcionaria pública o la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud que dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare, en contravención de la normativa vigente, a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados.

Artículo 86. - No es delito el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce (14) inclusive del proceso gestacional.

Fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante:

1. Si el embarazo fuere producto de una violación. En este caso, se debe garantizar la práctica con el requerimiento y la declaración jurada de la persona gestante ante el o la profesional o personal de salud interviniente.

En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida.

2. Si estuviera en riesgo la vida o la salud integral de la persona gestante. (El término “integral” del texto del inciso 2) fue observado por art. 1º del Decreto N° 14/2021 B.O. 15/01/2021).

Artículo 87. - Será reprimido o reprimida con prisión de seis (6) meses a tres (3) años, el o la que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado del embarazo de la persona gestante fuere notorio o le constare.

Artículo 88. - Será reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año, la persona gestante que, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86, causare su propio aborto o consintiera que otro se lo causare. Podrá eximirse la pena cuando las circunstancias hicieren excusable la conducta. La tentativa de la persona gestante no es punible.

## Bien jurídico en la figura del aborto

Desde su sanción el legislador ha incluido el delito de aborto entre los delitos contra la vida. La vida del feto es, entonces, el bien jurídico protegido por la norma.

De esta forma el Código Penal le otorga una protección especial al feto, independiente de la vida de la madre.

Igualmente, desde siempre, pese a ser el bien jurídico protegido la vida del feto, la salud de la madre se ha tenido en cuenta (Núñez, Ricardo, “Derecho Penal Argentino”, Parte Especial, Tomo III, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, pág. 161).

La existencia de las personas comienza -según la ley civil- con la concepción en el seno materno pese a que los especialistas en la materia precisan que, en realidad, la existencia comienza en el momento de la concepción sea en el seno materno o fuera de él.

A partir de la reforma a la Constitución Nacional del año 1994, el derecho a la vida se garantiza también desde la concepción.

En efecto, a través del inciso 22 del art. 75, se estableció que tienen jerarquía constitucional varias declaraciones, convenciones y pactos internacionales de derechos humanos que contienen normas relativas a la vida.

Entre ellos podemos destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos que, en su art. 3, establece que *“todo individuo tiene derecho a la vida”*; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su art. 6 declara: *“El derecho a la vida es inherente a la persona humana”*; luego, la Convención Americana sobre Derechos Humanos la cual dispone en el art 4 inc. 1 que *“toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*. El art. 1 inc. 2 que reconoce que *“persona es todo ser humano”*, y el art. 24: *“todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”*.

La Convención sobre los Derechos del Niño que determina en su art. 6 que *“Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida, y que garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”*. Y en el 3 que en toda medida que tome cualquier institución pública o privada siempre se debe tener en cuenta el interés



superior del niño. La Convención entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, y que la ley 23.849 al incorporar este documento internacional a nuestro orden jurídico dejó a salvo que *“la República Argentina entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”*.

En el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional se establece que *“Corresponde al Congreso: ... Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental...”*.

Luego, la ley 26.061, reglamenta la Convención sobre Derechos del Niño, disponiendo que se entiende por interés superior del niño la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley, entre los cuales, por supuesto está el derecho a la vida (art. 8).

Los penalistas han coincidido en que la fecundación extracorpórea no cuenta con la protección que brindan las figuras del aborto.

¿Desde cuándo existe protección penal de la vida humana? Para algunos ello ocurre desde que el óvulo está fecundado, antes inclusive de su nidación en el útero materno (teoría de la fecundación) u otros entienden que es necesario que se produzca la fijación del óvulo fecundado en las paredes del útero (teoría de la nidación).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación parece haberse inclinado por la primera al afirmar que la vida comienza con la fecundación y que todo método que impida el anidamiento del óvulo fecundado en el útero materno debe ser considerado aborto. Así se sostuvo que todo método que impida el anidamiento del embrión en su lugar propio de implantación, el endometrio, debe ser considerado como abortivo (“Portal de Belén asociación civil sin fines de lucro, c. MS.y As.” La ley 2022 B 520). Tal decisión llevó al tribunal a prohibir la fabricación, distribución y comercialización de un fármaco -Imediat- en razón de poseer efectos abortivos.

## Elementos comunes a todas las figuras del aborto

La ley no define el aborto, se limita a decir el que o la que causare un aborto.

Todas las figuras previstas en los distintos tipos penales que describen el aborto, requieren un conjunto de elementos que les son comunes. Estos son: la existencia de un embarazo en la persona gestante, la circunstancia de encontrarse el feto con vida en el momento de la acción típica y, finalmente, que la muerte del feto se haya debido a esta acción.

Como lo que se protege es la vida del feto resultarán atípicas las maniobras abortivas sobre un feto que está muerto en las entrañas de la persona con capacidad de gestar.

Sujeto activo: cualquier persona

Sujeto pasivo: feto con vida.

## Acción típica

La acción típica únicamente se puede concebir con la existencia de una persona embarazada sin que interese el procedimiento por medio del cual se logró dicho embarazo (fecundación por medio de contacto carnal, por inseminación artificial, implantación de óvulo fecundado). No es una acción abortiva la que procura impedir la fecundación del óvulo.

## Resultado típico

La muerte del feto. Es decir, no basta con la interrupción del embarazo si ésta no conlleva la muerte del feto.

Se requiere entonces un embarazo, que el feto esté con vida al momento de la acción y su sea consecuencia de la acción llevada a cabo por el sujeto activo.

Si logra nacer, aunque después muera, no será aborto.

En la película rumana (2007) *Luni, 3 săptămâni si 2 zile*<sup>24</sup> (en español “4 meses, 3 semanas, 2 días”), se muestra como -a diferencia de lo que sucede en nuestro país- podía resultar asesinato -homicidio- la muerte del feto aunque estuviera dentro del cuerpo de la persona gestante.

Está ambientada en 1987 en los últimos años del comunismo en Rumanía. Narra los problemas de Gabita (Laura Vasiliu), una joven estudiante que debe enfrentar un aborto y de Otilia (Anamaria Marinca), la compañera de habitación quien la acompaña durante todo el proceso del mismo en una época en la que estaba prohibido por la ley. Está construida íntegramente con largos planos-secuencia y cámara en mano.

Esta película sí se focaliza en el proceso de aborto en forma bastante explícita, incluso termina con un primer plano del feto muerto. Al igual que en *Dirty Dancing* muestra los peligros que corrió Gabita al acudir a un aborto ilegal en una habitación de un hotel sin poder recibir una asistencia médica hospitalaria.

En uno de los diálogos entre Gabita y quien iba a realizar el aborto se ve la insistencia de esta persona en que la joven le especificara, le precisara cuanto tiempo llevaba embarazada. Explicándole que luego del cuarto mes de gestación de acuerdo a la ley ya no se trataba del delito de aborto, sino que se configuraba un asesinato, y, por lo tanto, estaba sancionado con prisión de 10 años.

Como ya dijera, para la ley argentina no importa la edad gestacional del feto -para distinguirlo del homicidio-, si no nació estamos en presencia del delito de aborto.

---

<sup>24</sup> Se trata de una película dramática escrita y dirigida por Cristian Mungiu. El film recibió un total de 60 nominaciones y galardones. Se estrenó el 17 de mayo de 2007 en el Festival de Cannes donde se alzó con la Palma de Oro y con el premio FIPRESCI de la crítica.

## Tipo subjetivo. Falta de consentimiento de la persona con capacidad de gestación

Una parte de la doctrina exige dolo directo, descartando el eventual.

El error sobre la existencia del consentimiento y su validez puede colocar al agente en la hipótesis del art. 85 inc. 2do. del C.P.

El consentimiento puede ser verbal o no, también puede asumir formas tácitas derivadas de la actitud de la persona gestante.

Si media un error -por parte de quien practica el aborto acerca de la existencia del consentimiento-, el hecho debe reputarse como ejecutado con el consentimiento. Ese error es posible en caso de intervención médica solicitada por terceros.<sup>25</sup>

La falta de consentimiento agrava la figura porque -como dijéramos anteriormente- la ley no protege solamente la vida del feto sino también la libertad de la persona con capacidad de gestar.

## Consumación y tentativa

Si la muerte del feto no se produjo por circunstancias ajenas al sujeto activo podremos encuadrarlo dentro de la tentativa.

La consumación del delito de aborto se produce en el lugar donde se produce la muerte del feto.

## La nueva redacción

La reforma mantiene la previsión del delito de aborto dentro del capítulo *Delitos contra la vida* que está en el Título *Delitos contra las personas*. La reforma impactó en todo el articulado del Código Penal en relación al aborto.

**a. Art. 85 del C.P.** El o la que causare un aborto será reprimido:

Inc. 1ro. Con prisión de tres (3) a diez (10) años, si obrare sin el consentimiento de la persona gestante. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) si el hecho fuere seguido de la muerte de la persona gestante.

Inc. 2. Con prisión de tres (3) meses a un (1) año, si obrare con consentimiento de la persona gestante, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86.

<sup>25</sup> Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, Segunda reimpression Tomo III Ed. TEA, Buenos Aires 1953 pág. 117

**b.** En primer término, vemos que además de conceptualizar al sujeto activo con un lenguaje inclusivo, aparece también la impronta de esta ley y del contexto socio-cultural en que se sancionó al reemplazar el término “mujer” por el de “personas gestantes”. Si bien biológicamente las únicas que podemos gestar –al menos en la actualidad- somos las mujeres, sabemos que no todas las personas con capacidad de gestar se perciben como tales. De esta manera la ley se aleja de cualquier sesgo discriminatorio, reconociendo otras identidades de sexo.

Se elimina la sanción con pena de reclusión, indudablemente tiene que ver que no hay diferencias actualmente en la forma de cumplimiento de esta especie de pena y la de prisión.

Se distinguen dos modalidades de aborto: el aborto sin consentimiento, en cualquier momento de la gestación y el aborto con consentimiento, pero luego de las 14 semanas de gestación, siempre que no medien las circunstancias previstas en el art. 86, esto es que sea producto de una violación o cuando estuviera en riesgo la vida o la salud integral de la persona gestante.

En ambos supuestos el autor del delito debe ser una tercera persona.

Se reduce la pena en los supuestos que el autor o la autora obrare con el consentimiento de la persona gestante. Antes se reprimía con prisión o reclusión de uno a cuatro años y, a partir de la reforma la escala penal se estableció en tres meses a un año de prisión.

La pena se eleva a quince años de prisión si el hecho fuera seguido de la muerte de la persona gestante.

Esta reforma impacta entonces en aquellas personas que tengan entre 16 y 18 años de edad, toda vez que al reducir la pena no serán punibles toda vez de conformidad con lo que dispone el Decreto-Ley 22278. Esto es para resultar punible se exige que se trate de un delito de acción pública, que tenga prevista una pena privativa de libertad mayor a dos años.

El tipo penal es claro: se agrava solo en caso de muerte de la persona. Otro tipo de ataque a la integridad física hacia la persona gestante queda fuera de la figura penal.

Se requiere dolo de terminar con la vida del feto y se descarta el dolo homicida porque si quien realiza la acción hubiese querido la muerte de la persona gestante, el hecho encuadraría jurídicamente en la figura del homicidio.

Figari sostiene que en este delito la culpabilidad se estructura en un dato positivo: querer causar un aborto y en uno negativo: que la conducta no haya estado guiada a la causación de la muerte de la persona gestante.<sup>26</sup>

Soler dice que aun cuando la figura presenta todas las características de un delito preterintencional, esta disposición tiene la particularidad de que -a diferencia de otras figuras preterintencionales- no requiere un examen de las posibilidades del medio empleado. Pareciera que la ley ya juzgara la idoneidad concreta del uso de medios abortivos para causar la muerte. Así como el homicidio preterintencional la ley parece decir se responderá de la muerte siempre

<sup>26</sup> Figari, Ruben E., “Código Penal”, parte especial, Tomo 1, Ed. La Ley, 2021, pág. 242

que el medio empleado pudiera causarla, en el aborto parece decir: se responderá de la muerte porque los medios abortivos pueden causarla.<sup>27</sup>

Lo que discute la doctrina es el alcance de la expresión, hecho surgido del artículo que estamos analizando.

Para algunos autores, se requiere la consumación del aborto con la muerte del feto para que se dé la agravante. Si no sucede la muerte del feto por las maniobras realizadas por el sujeto activo, la muerte de la persona con capacidad de gestar funcionaría como un homicidio culposo en concurso con el delito de tentativa de aborto.

Para otros, el hecho que es base de la agravación comprende tanto el aborto consumado como el tentado.

Hay autores que sostienen que aun cuando se tratase de una tentativa de delito imposible por idoneidad de las maniobras para producir el aborto se configuraría el delito igualmente.

De esta forma extienden la agravante a los casos de aborto putativo. Cuando las maniobras se han realizado sobre una persona con capacidad de gestar que no esté embarazada o recaído sobre un feto que ya estaba muerto.

Creus dice que esto es inaceptable ya que mal puede agravar un aborto que no existe como tal.

**b.** En el caso del segundo tipo de aborto previsto en el art. 85 del Código Penal esto es el que se realiza con el consentimiento de la persona gestante pero después de haber transcurrido el término de catorce semanas de gestación y siempre que no se den los supuestos de excepción previstos en el art. 86, requiere para su configuración tres elementos: el consentimiento de la persona gestante para que una persona distinta realice la acción abortiva, que la gestación vaya más allá de la semana catorce y, el tercero, que no se verifique uno de los casos contemplados en el artículo 86 del Código Penal esto es que el embarazo sea producto de una violación a la persona gestante o cuando estuviera en riesgo la vida o la salud de ésta.

Se trata de un delito doloso, el autor o la autora deben conocer la existencia del embarazo y el conocimiento del consentimiento de la persona gestante.

**c.- Artículo 85 bis:** La reforma incorporó un nuevo tipo penal en este artículo.

Así establece que será reprimido o reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena, el funcionario público o la funcionaria pública o la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud que dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare, en contravención de la normativa vigente, a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados.

Sujeto activo: funcionario público o la funcionaria pública o la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud.

Como vemos si bien se trata de sujetos activos específicos resulta la norma bastante amplia al terminar consignando personal de salud.

---

<sup>27</sup> Soler, ob. cit. pág. 124

Acción típica: dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare, en contravención de la normativa vigente, a realizar un aborto en los casos legalmente autorizados.

Nuevamente aquí aparece la impronta de la ley: no solo quiere permitir -en determinados supuestos- la interrupción voluntaria de un embarazado, sino que sanciona a quienes impidan, nieguen, dificulten o demoren a la persona gestante solicitante de la realización de un aborto. Por supuesto, en los casos legalmente autorizados.

Este artículo hay que concordarlo con el art. 10 de la ley 27.610 donde se establece que el o la profesional de salud que deba intervenir de manera directa en la interrupción del embarazo tiene derecho a ejercer la objeción de conciencia. A los fines del ejercicio de la misma de acuerdo a la ley, deberá:

- a) Mantener su decisión en todos los ámbitos, público, privado o de la seguridad social, en los que ejerza su profesión;
- b) Derivar de buena fe a la paciente para que sea atendida por otro u otra profesional en forma temporánea y oportuna, sin dilaciones;
- c) Cumplir con el resto de sus deberes profesionales y obligaciones jurídicas.

El personal de salud no podrá negarse a la realización de la interrupción del embarazo en caso de que la vida o salud de la persona gestante esté en peligro y requiera atención inmediata e impostergable.

La ley determina que no se podrá alegar objeción de conciencia para negarse a prestar atención sanitaria post aborto.

No pueden ser objetores quienes no realizan directamente la práctica de interrupción como, por ejemplo, los profesionales que realizan ecografías, toman muestras de sangre, o cualquier otra intervención y no tenga directa relación con la interrupción del embarazo, como tampoco el seguimiento post aborto.

La ley no prohíbe ni contempla expresamente la objeción de conciencia institucional.

En la práctica, y recientemente promulgada la ley, se presentaron efectores aduciendo que la totalidad de sus profesionales han formulado objeción de conciencia por lo que firman convenios de derivación de pacientes con otras instituciones.

Se ha criticado la inclusión de esta figura dentro del título delitos contra la vida porque, en rigor, el bien jurídico protegido en este caso no es la vida del feto ni de la persona gestante.

Sujetos activos: el funcionario o la funcionaria pública, o la autoridad del establecimiento de salud, efector o efectora o personal de salud. Estos sujetos pueden ser autores o partícipes, pero se tratan de sujetos activos específicos.

Cierto es que, si el sujeto activo es una funcionaria o un funcionario público, este tipo penal se superpone con el delito previsto en el art. 249 del C.P. donde se sanciona con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial de un mes a un año, al funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio.

En este caso, la ley ha previsto específicamente estas conductas cuando estuvieran relacionadas con la práctica abortiva en los casos legalmente autorizados.

También está prevista como sujeto pasivo “la autoridad en un establecimiento de salud”, en este caso tenemos que pensar en quien detente un cargo con autoridad dentro de una Institución privada porque si se tratara de una autoridad dentro de un establecimiento estatal estaría ya comprendido en el término funcionaria o funcionario público.

Profesional, efector o personal de salud: se trata de operadores de la salud que estén en condiciones de intervenir en un procedimiento de aborto.

El sujeto pasivo es una persona que esté gestando y se encuentra en condiciones legales de solicitar la interrupción voluntaria de su embarazo.

La conducta es dolosa.

En cuanto al plazo parece tener que computarse desde los diez días desde que la persona gestante solicita la interrupción voluntaria de embarazo.

Algunos autores critican este plazo sosteniendo que omite toda consideración a las prácticas médicas y tiempo de realización en las distintas instituciones de salud.

Por mi parte, creo que el espíritu de la ley no es sancionar a quienes ejercen con diligencia su función sino garantizar el derecho de la persona gestante a elegir la interrupción del embarazo en los supuestos en que esté legalmente contemplado, evitando, con la burocracia, el desinterés o imponiendo sus propios valores las o los profesionales o efectores de salud cercenen el derecho que la ley les reconoce.

En la película argentina *Vicenta*<sup>28</sup> se ve cómo, debido a la cantidad de diligencias llevadas adelante por la mamá de una joven con un retraso mental severo que había sido abusada sexualmente para lograr la interrupción legal del embarazo, se terminó frustrando la posibilidad de hacerlo. En efecto, cuando finalmente se la autoriza a practicarlo se encontraba en la semana 20 de gestación y, de acuerdo al criterio médico, ya no podía llevarse a cabo.

La película está basada en la historia real de Vicenta Avendaño. Se inicia en el año 2006, en la localidad de Guernica, Departamento Judicial de La Plata, cuando la hija menor de Vicenta Avendaño, una adolescente con retraso madurativo severo –tenía la edad intelectual y la madurez psico-social de una niña de 8 años-, quedó embarazada después de ser abusada por un tío. En la película, se narran las dificultades imaginables -e inimaginables también- de la burocracia estatal que debieron enfrentar Vicenta y su hija para lograr el aborto legal de la adolescente.

A través de la sola narración y figuras de plastilina, la película grafica cómo, a pesar de legalmente no ser necesaria una autorización judicial, Vicenta que no sabía leer y escribir, empleada doméstica, abandonada por su marido y sin recursos económicos, se debe enfrentar no solo con un Poder Judicial que no la entiende sino además con toda el área de salud. Así, en un “ir y venir, un ir y venir” –una y mil veces como dice Vicenta en la película- desde

<sup>28</sup> Es un documental argentino que se estrenó el 3 de diciembre de 2020. Fue escrita y dirigida por Darío Doria. Contó con la colaboración de Luis Camardella y Florencia Gattari en el guión y la asistencia en dirección de Agustín Manavella. Se exhibió en el Festival Internacional de Cine de Mar del Plata 2020 y ganó el premio internacional de la crítica Fipresci en el Festival Internacional de Cine Dok Leipzig 2020. Los protagonistas no son personas sino muñecos de plastilina muy expresivos pero inanimados y cobran vida con la voz de Liliana Herrero. Técnicamente hablando, el filme no es de animación, ya que solo se mueven la cámara y las luces, y no hay stop motion. La producción utilizó alrededor de 120 figuras de plastilina y 34 maquetas

Guernica a La Plata, ella y su hija pasan por una Fiscalía, por la Defensoría General, una Asesoría de Incapaces, Juez de Menores, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, la Procuración y la propia Corte de la Provincia de Buenos Aires, el Servicio de Ginecología del Hospital San Martín, la Dirección del mismo Hospital, el Comité de Bioética, y el equipo de profesionales del nosocomio.

Como les adelantara, esos “ir y venir” recurrentes determinaron que cuando finalmente el aborto fue ordenado el mismo no se pudo llevar a cabo porque la niña cursaba un embarazo de veinte semanas y, por lo tanto, era inviable la práctica de acuerdo a los criterios médicos de quiénes se desempeñaban en el Hospital San Martín de La Plata en ese momento.

La historia de Vicenta Avendaño termina cuando, apoyada por un grupo de organizaciones de mujeres, logra que la Organización de Naciones Unidas condenara al Estado argentino por el manejo de su caso. Gracias a esto, se establecieron en todo el país los protocolos de aborto no punible.

#### **d. Art. 86 del C.P:**

1. Este artículo establece que no es delito el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce (14) inclusive del proceso gestacional.

Fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante:

\*Si el embarazo fuere producto de una violación. En este caso, se debe garantizar la práctica con el requerimiento y la declaración jurada de la persona gestante ante el o la profesional o personal de salud interviniente.

En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida.

\*Si estuviera en riesgo la vida o la salud integral de la persona gestante (el término “integral” del texto del inciso 2) fue observado por art. 1º del Decreto N° 14/2021 B.O. 15/01/2021).

2. La novedad de la reforma a este artículo se da en primer término por despenalizar el aborto realizado con el consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce (14) inclusive del proceso gestacional.

Además, lo hace de una forma distinta a cómo habitualmente se legisla: no es delito dice la ley.

Aquí es importante la información del personal de salud que atienda a la persona gestante, brindándole desde el principio sus derechos y el tiempo que tiene para ejercerlos.

3. En la redacción del Código Penal de 1921 también se preveía casos de abortos no punibles. Se trataba de los llamados aborto terapéutico y aborto eugenésico.

El primero, se daba cuando lo había realizado un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si además este peligro no podía ser evitado por otros medios.



Soler relata sobre este tipo de aborto, llamado necesario o terapéutico, ha motivado que se lo censure por repetir una disposición ya establecida en la parte general art. 34 inc. 2do. del C.P. (ob. cit. pág. 127).

Sin embargo, este autor entendió que aquí se necesitaban verificar más requisitos: ser médico y que éste proceda con el consentimiento de la mujer. De esta forma, sostuvo Soler, la crítica parecía precipitada pues la disposición tenía su razón de ser. Una cosa es el aborto terapéutico preventivamente practicado y a largo plazo y otra muy distinta es la situación de necesidad.

Esta supone siempre una situación de urgencia, expresada como mal inminente. El aborto terapéutico no contempla esa situación.

El artículo 34 del Código Penal funcionaría para cualquier persona y no solo médico.

Tampoco consideraba infundado el requisito del consentimiento que no funcionaba en los casos corrientes de estado de necesidad. La ley en este caso, sostiene Soler, resuelve prudente y expresamente un problema de eficacia del consentimiento. Respeta el derecho heroico si se quiere la maternidad y le reconoce a ella y solo a ella el derecho de optar entre su propia vida y la del niño. Hallándose la madre en caso extremo y urgente puede salvar su vida dándole el consentimiento a cualquiera y, entonces, se aplicarán los principios de estado de necesidad y del conflicto entre dos vidas. Pero no siendo esa situación es lógico que el aborto practicado en frío reúna los extremos prudentemente fijado por la ley (ob. cit. pág. 128).

El segundo supuesto de aborto impune se daba cuando *“el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”*.

Este inciso dio lugar a numerosas cuestiones doctrinarias, especialmente porque la disposición había sido tomada de un proyecto de ley carente de vinculación histórica y doctrinaria con nuestros antecedentes legislativos y partía de la tradición asentada en otros países.

Se discutió cuál era el alcance del precepto, esto es, si prevé solamente el caso de violación de mujer idiota o demente o si también está comprendido todo caso de violación.

Para Soler era verdaderamente sorprendente que en el artículo se hablara primero de violación y después de atentado al pudor sobre mujer idiota (ob. cit. pág. 129).

Se pregunta si la disposición contiene únicamente el llamado aborto eugenésico, es decir, practicado sobre la mujer idiota o demente o si está incluido –también– el llamado aborto sentimental, esto es, el que resulta víctima la mujer de una violación.

Sostenían que solo para mujer idiota o demente. (Cuello Calón, Cuestiones Penales relativas al aborto, pág. 122).

Impunidad para todo caso de violación. (Jiménez de Asúa, citado por Soler, en ob. cit. pág. 120).

Para Soler el equívoco tiene dos causas: el hecho de que la palabra violación sea genérica y la circunstancia de que se haya aceptado en el texto de la ley una traducción correcta, pero al

incorporarse a nuestro código resultaba equívoca con respecto a la expresión abuso deshonesto.

Afirma que, en este artículo, la ley ha llamado atentado al pudor a la violación prevista en el inc. 2 del art. 119 y que en consecuencia la impunidad sancionada en el art. 86 alcanza todo caso de violación y no solo al de la mujer idiota o demente.

Durante años, la doctrina penal discutió si el fundamento de la no punibilidad era la existencia de un estado de necesidad (o sea, quien causa un mal para evitar otro mayor) o una excusa absolutoria (es decir, razones de política criminal por las que se resuelve no castigar, en ciertas circunstancias, un delito).

4. Pero no había dudas de que se trataba de un medio de defensa que debía plantearse en ocasión de ser alguien imputado de la comisión del delito. Ningún juez podía autorizar la comisión del aborto porque los jueces tenían claro que no entraba dentro de sus funciones autorizar a matar. Y, por tanto, a ningún médico, partera, autoridad hospitalaria, mujer embarazada o abogado se le ocurría solicitarlo.

Sin embargo, en la práctica resultaba que los profesionales médicos requerían esa autorización judicial.

Ya hablamos de la película “Vicenta”. Allí se grafica cómo, a pesar de que no era legalmente necesaria una autorización judicial para realizar el aborto porque se trataba de una adolescente con retraso mental abusada por su tío, que se presentó en tiempo oportuno a solicitar la interrupción del embarazo a través de su mamá, debió igualmente transitar, como dijimos, por una Fiscalía, por la Defensoría General, una Asesoría de Incapaces, Juez de Menores, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, la Procuración y la propia Corte de la Provincia de Buenos Aires, el Servicio de Ginecología del Hospital San Martín, la Dirección del mismo Hospital, el Comité de Bioética, y el equipo de profesionales del nosocomio.

Si bien se resolvió la innecesaria autorización judicial, la respuesta fue tan tardía que el aborto no pudo llevarse a cabo.

La resolución de la Corte de la Provincia en el caso retratado en la película se dio en el marco de la causa AC. 98.830, “R., L.M., ‘NN Persona por nacer. Protección. Denuncia’”, sent. del 31 de julio de 2006.

Sobre el tema de la autorización judicial previa no podemos dejar de mencionar el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación conocido como “F.A.L.” (F. 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva), donde la Corte señaló que en caso de abortos no punibles no se requería realizar trámite alguno.

En este caso A.G. -las siglas utilizadas para resguardar la identidad de la joven quiso acceder a un aborto luego de haber quedado embarazada en 2010, con 15 años, producto de violaciones que sufría desde los 11 por parte de su padrastro, Orlando Nahuelmir, un oficial de la policía de Chubut.

Su mamá fue quien solicitó un aborto en el hospital de Comodoro Rivadavia, pero las autoridades de la institución decidieron recurrir a la Justicia solicitando autorización para poder realizar el procedimiento.

Luego de un largo camino judicial, porque el reclamo de la familia fue rechazado en primera y segunda instancia por la justicia de Chubut hasta que el Tribunal Superior provincial enmarcó el caso como uno de los supuestos de aborto no punible del artículo 86 del Código Penal, y de esta manera, le permitía a la joven realizarse el aborto.

Sin embargo, un funcionario judicial de la provincia recurrió la sentencia.

Llegó entonces a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual, por unanimidad, confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Chubut, con el voto conjunto de sus integrantes: presidente Ricardo Lorenzetti, vicepresidenta Elena Highton de Nolasco y los jueces Carlos Fayt, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Zaffaroni, sumado a los votos individuales de la jueza Carmen Argibay y el juez Enrique Petracchi.

La Corte de Justicia de la Nación sostuvo que

(...) al efectuar esa tarea de armonización que involucra normativa del más alto rango con otra de derecho común —artículo 86, inciso 2º, del Código Penal—, a través de un análisis global del plexo normativo fundamental involucrado y por aplicación de los principios hermenéuticos de interpretación sentados por esta Corte desde antiguo, se entiende que corresponde realizar una interpretación amplia de dicho precepto legal. Desde tal perspectiva y a la luz del principio de reserva constitucional (artículo 19 in fine de la Constitución Nacional), ha de concluirse en que la realización del aborto no punible allí previsto no está supeditada a la cumplimentación de ningún trámite judicial.

También es importante este precedente en lo que hace a la interpretación mantenida por algunos autores (de la que di cuenta anteriormente) acerca de que solamente resultaba legal el aborto cuando el embarazo además de ser producto de una violación quien lo solicitara debía ser demente o idiota.

La Corte sostuvo

(...) que de las previsiones establecidas en el artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del artículo 86 inciso 2º, del Código Penal. Ello por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos (ver al respecto, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 23/81, *Baby Boy*, y la discusión en torno a la redacción de los mencionados artículos).

Resolvió que reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida (Fallos: 332:433 y sus citas).

Luego de transcribir el artículo 86 del Código Penal, concluyó que, aun mediando la más mínima y sistemática exégesis practicada sobre dicho precepto, no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de su víctima. A esta conclusión se llega a partir de un doble orden de razones. En primer lugar, porque de la mera lectura del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal se evidencia que el legislador, al utilizar una conjunción disyuntiva al referirse a

(...) (s)i el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente” (énfasis agregado), previó dos supuestos diferentes para el caso de embarazos provenientes de un delito de esta naturaleza.

Por su parte,

(...) un examen conjunto y sistemático de los diferentes apartados previstos en esta norma, también conduce a adoptar su interpretación amplia. En efecto, este precepto comienza su redacción estableciendo, como premisa general, que por su técnica de redacción constituye un requisito común para los dos supuestos que detalla seguidamente, que no serán punibles los abortos allí previstos que fueran practicados por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta.

Es precisamente porque este extremo no es aplicable respecto de la mujer incapaz, que, como excepción a dicho requisito general, en la última parte del segundo supuesto previsto, se tuvo que establecer en forma expresa que “*en este caso*” —referencia que sólo puede aludir al caso del atentado al pudor y que obliga a distinguirlo, desde la sola semántica, del de violación— “*el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto*”. Por ello, debe descartarse la tesis restrictiva en tanto otorga una indebida preeminencia a una de las partes de la norma dejando inoperante sus demás previsiones.

Pero, además, a esta conclusión también se arriba analizando esta norma de modo conjunto con las disposiciones relativas a los hechos ilícitos que pueden causar embarazos no consentidos por las niñas, adolescentes o mujeres que son sus víctimas. En efecto, el mencionado artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en concordancia con el sistema de los abusos sexuales (regulados a partir del artículo 119 del mismo cuerpo legal), diferencia los grupos de causas de embarazos: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer “*idiotas o demente*”. Como la ley está haciendo referencia a causas de embarazos, el “*atentado al pudor*” no puede ser sino un acceso carnal o alguna otra situación atentatoria

contra la sexualidad de la víctima que produzca un embarazo. Puesto que todo acceso carnal sobre una mujer con deficiencias mentales es considerado ya una forma de violación (la impropia), no es posible sostener que cuando al principio dice "violación" también se refiera al mismo tipo de víctima. Es evidente que, por exclusión, "violación" se refiere al acceso carnal violento o coactivo sobre mujeres no "idiotas ni dementes". Lo mismo ocurren con las menores de trece años, cuya mención no es necesaria porque la ley descarta la validez de su consentimiento, y declara que cualquier acceso carnal con ellas es ya una violación (impropia).

Por ello, este análisis sistemático del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal en conjunto con las disposiciones que tipifican los supuestos de violencia sexual que, de provocar un embarazo, dan lugar a su aplicación, corrobora que cualquier víctima de éstos que se encuentre en tal circunstancia puede realizarse un aborto no punible y que, en el caso de las deficientes mentales e incapaces, que no pueden consentir el acto, se requiere de sus representantes legales (F. 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva).

Este precedente tuvo muchísima importancia práctica toda vez que la Corte brindó lineamientos para llevar adelante una política sanitaria desde un enfoque de derechos, como la obligación de generar protocolos y herramientas para garantizar el acceso a la práctica.

##### 5. El aborto no punible en la nueva redacción:

La reforma establece dos casos de abortos no punibles.

Al igual que el artículo 4to. de la ley 27610, desincrimina el aborto cuando es realizado con el consentimiento de la persona gestante hasta la semana 14 inclusive del proceso gestacional.

Es decir, el aborto es legal cuando la persona gestante dentro de las 14 semanas de gestación da su consentimiento para que se le realice la práctica.

Los profesionales de la salud deben informar y asesorar sobre los derechos que les asisten teniendo además en cuenta los plazos legales.

Pueden acceder a la interrupción de su embarazo en los servicios del sistema de salud o con su asistencia, en un plazo máximo de diez (10) días corridos desde su requerimiento (art. 5).

En función del artículo 7, el consentimiento de la persona gestante será expresado por escrito, de conformidad con lo previsto en la ley 26.529 y concordantes y en el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación. Nadie puede ser sustituido en el ejercicio personal de este derecho.

De acuerdo a la persona gestante cuando tenga más de 16 años puede dar libremente su consentimiento. Es decir, aún con menos de 18 años puede resolver realizarse la práctica.

Las personas mayores de dieciséis (16) años de edad tienen plena capacidad por sí para prestar su consentimiento a fin de ejercer los derechos que otorga la presente ley.

En los casos de personas menores de dieciséis (16) años de edad, se requerirá su consentimiento informado en los términos del artículo anterior y se procederá conforme lo dispuesto en el artículo 26 del Código Civil y Comercial y la resolución 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061,

el artículo 7º del anexo I del decreto reglamentario 415/06 y el decreto reglamentario 1.282/03 de la ley 25.673.

El artículo 26 del Código Civil establece el ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. Ésta, sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico.

Recordemos los inconvenientes que tuvo Vanesa (Haley Lu Richardson) en la película *Unpregnant* (2020)<sup>29</sup>. El film está protagonizado por la nombrada Haley Lu Richardson y Barbie Ferreira.

El film comienza cuando Verónica (Richardson), la adolescente embarazada, descubre que no puede abortar en el estado de Missouri sin el permiso de sus padres. Convince a su ex amiga Bailey (Barbie Ferreira) para que la lleve a Albuquerque (Nuevo México) donde hay una clínica que realiza abortos en forma segura y -de acuerdo a la ley de dicho Estado- no requiere el consentimiento de sus progenitores.

El viaje lo realizan en el auto del novio de la mamá de Bailey. Verónica tenía todo absolutamente planeado: los tiempos del viaje, los descansos, el dinero que iban a necesitar para el combustible y la comida. Pero el recorrido está signado por distintos contratiempos: el novio de Verónica la intercepta para convencerla de cambiar su decisión, la policía las persigue porque el auto en el que iban había sido denunciado como robado, el secuestro de ambas en manos de un matrimonio pro vida y hasta peleas y reconciliaciones entre ellas. Finalmente, luego de tres días, llegan a destino y consigue abortar en forma segura. La película muestra el trato correcto brindado en esa clínica a la joven.

#### 6. Abortos luego de la semana 14 de gestación:

La ley a partir de la reforma establece que tampoco será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante cuando el embarazo fuere producto de una violación. En este caso se debe garantizar la práctica con el requerimiento y la declaración jurada de la persona gestante ante el o la profesional o personal de salud interviniente.

También establece que en los casos de menores de 13 años la declaración jurada no será requerida.

Que no se le exija a una menor de 13 años la declaración jurada acerca de que el embarazo es producto de una violación tiene vinculación directamente con la circunstancia de entender que quien tiene menos de 13 años no puede dar su consentimiento válidamente para tener relaciones sexuales.

Si bien entonces no es necesario que realice una declaración jurada dando cuenta del abuso sexual sufrido, el art. 5to. de la ley 27610 determina que en los casos de violación cuyas víctimas fueran niñas o adolescentes, el deber de comunicar la vulneración de derechos

<sup>29</sup> Se trata de una comedia dramática, coescrita y dirigida por Rachel Lee Goldenberg. Está basada en la novela del mismo nombre de Ted Caplan y Jenni Hendriks.

previsto en el artículo 30 de la ley 26.061 y el deber de formular denuncia penal establecido en el artículo 24, inciso e), de la ley 26.485 en el marco de lo dispuesto por el artículo 72 del Código Penal, deberán cumplirse respetando el derecho a la privacidad y confidencialidad de niñas y adolescentes, su capacidad progresiva e interés superior de conformidad con la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061 y el artículo 26 del Código Civil y Comercial, y no deberán obstruir ni dilatar el acceso a los derechos establecidos en la presente ley.

De acuerdo al art. 8º de la ley 27.610 la solicitud de la interrupción voluntaria del embarazo deberá ser efectuada de la siguiente manera:

Art. 9º- Personas con capacidad restringida. Si se tratare de una persona con capacidad restringida por sentencia judicial y la restricción no tuviere relación con el ejercicio de los derechos que otorga la presente ley, podrá prestar su consentimiento informado sin ningún impedimento ni necesidad de autorización previa alguna y, si lo deseara, con la asistencia del sistema de apoyo previsto en el artículo 43 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Las personas que actúan como sistema de apoyo no representan ni sustituyen a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos y, por tanto, es necesario que el diseño del sistema de apoyo incorpore salvaguardas adecuadas para que no existan abusos y las decisiones sean tomadas por la titular del derecho.

Si la sentencia judicial de restricción a la capacidad impide prestar el consentimiento para el ejercicio de los derechos previstos en la presente ley, o la persona ha sido declarada incapaz judicialmente, deberá prestar su consentimiento con la asistencia de su representante legal o, a falta o ausencia de este o esta, la de una persona allegada, en los términos del artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación.

6. Como vemos la reforma excluyó las palabras “idiota o demente” que diera lugar a la discusión doctrinaria y jurisprudencial si bien bastante apaciguada a partir del precedente de la Corte Suprema de Justicia F.A.L al que ya hiciéramos referencia.

En todos los casos la persona gestante debe requerir al sistema de salud la realización de la práctica y presentar una declaración jurada dando cuenta del abuso sexual sufrido. Ya no es necesario radicar la denuncia penal ante la Fiscalía o Comisaría.

Ya contamos que se le reconoce el derecho a acceder a la interrupción de su embarazo en los servicios del sistema de salud o con su asistencia, en un plazo máximo de diez (10) días corridos desde su requerimiento (art. 5).

7. La reforma establece que tampoco será punible el aborto cuando se realizare por estar en riesgo la vida o la salud de la persona gestante.

La redacción es similar a la del Código de 1921 sin embargo se ha excluido la frase “*cuando no hubiere otro medio para evitar el riesgo en vida o la salud de la madre*”.

Es decir, que actualmente, si está en riesgo la vida o la salud de la persona gestante el aborto será impune, aunque no fuese el único medio para evitar ese peligro.

Vimos que con la redacción anterior se discutía si era una causal de justificación prevista en el art. 34 inc. 2do. del C.P.

A diferencia del texto reformado que solo autorizaba el aborto realizado por un “*médico diplomado*” ahora puede realizarlo cualquier persona.

Para que se den los supuestos del artículo 86 inc. 1ro. y 2do., tienen que haber transcurrido más de 14 semanas de gestación.

### **El artículo 87 del C.P.**

El Código penal establece que será reprimido o reprimida con prisión de seis (6) meses a tres (3) años, el o la que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado del embarazo de la persona gestante fuere notorio o le constare.

Este artículo ha sido reformado desde dos lados. En primer término, al igual que el resto de los artículos se habla de persona gestante. La segunda modificación se da en el monto de la escala penal que ha aumentado en su máximo: antes eran dos años de prisión ahora son tres.

Para Soler es un aborto preterintencional. Este autor sostiene que no existe la figura de aborto culposo. Explica que el aborto sería culposo si el sujeto lo causa por sus violencias, pero sin saber que el estado de embarazo le constare o fuera notorio. En apoyo de su postura sostiene que la figura al igual que las preterintencionales contienen un hecho base de carácter ilícito y doloso por lo cual se diferencia claramente del delito culposos.

La comparación de las escalas penales también lo lleva a inclinarse por esa afirmación.

Tipicidad: ejercicio de la violencia, dirigida a la persona gestante, un embarazo, que quién ejerce violencia conozca la situación de embarazo o cuando este último sea notorio.

Será notorio cuando se verifiquen signos objetivos que revelan al común de la gente el estado de embarazo.

La violencia debe emplearse sobre la mujer sin el propósito de causar el aborto. La expresión violencias como genérica permite entender que se puede tratarse de cualquier clase de traumatismo, malos tratos o coacciones y, por su naturaleza, sean apreciables como dirigidos contra la mujer, no contra el feto.

La expresión genérica absorberá aquí solamente aquellas lesiones que no importen más mal que el causado a la mujer por el aborto mismo. En consecuencia, si además se han producidos lesiones graves o gravísimas estas concurren con el delito en análisis. (Soler, ob. cit. pág. 124 y sig.).

### **El artículo 88**

El Código establece que será reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año, la persona gestante que, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86, causare su propio aborto o consintiera que otro se lo causare. Podrá eximirse la pena cuando las circunstancias hicieren excusable la conducta. La tentativa de la persona gestante no es punible.



La reforma al igual que el artículo anterior se da en el cambio del sujeto activo como mujer por el de persona gestante. Se disminuye la pena con que se sanciona la conducta. Antes se establecía una escala penal de uno a cuatro años de prisión.

De esta manera las personas gestantes que tengan entre 16 y 18 años de edad no serán punibles toda vez que de acuerdo a las disposiciones del Decreto-Ley 22.278, para que un menor de edad resulte punible debe tratarse de un delito de acción pública, con una pena privativa de libertad mayor a dos años.

La acción típica debe iniciarse después de la semana 14 de gestación y cuando el embarazo no haya sido producto de una violación o estuviere en peligro la vida o la salud de la persona con capacidad de gestación.

Quién realiza la acción abortiva debe ser la propia persona con capacidad de gestación.

También recae la sanción cuando en los mismos supuestos, esto es luego de la semana 14 de gestación y ante la inexistencia de los supuestos previstos en el art. 86, diera su consentimiento para que otra persona realice el procedimiento.

La reforma establece también una exención de pena para el caso en que se consume el aborto cuando las circunstancias hicieren excusable su conducta.

Estas circunstancias no han sido descriptas dejando entonces a criterio judicial la determinación de en qué casos la conducta de la persona gestante podría ser excusada.

La tentativa de aborto resulta impune.

Soler se preguntaba que pasaba con los partícipes médicos o legos que hayan prestado a la mujer una colaboración secundaria y puede entenderse que la ley había establecido una exención de pena estrictamente personal para la mujer.

Este autor, se inclinaba por la impunidad en estos casos siempre que se trate de verdaderos cómplices no de partícipes en la ejecución del hecho. Sería contradictorio –dice- castigar al mandadero a quien la mujer envió a buscar los remedios abortivos (ob. cit. pág. 124).

En el film *El acontecimiento* (título original *L'événement*)<sup>30</sup> podemos ver varios ejemplos de intentos de abortos por parte de la protagonista.

La película se centra en la Francia de 1963 y cuenta la vida de Anne, una joven estudiante brillante, que queda embarazada y ve que se le escapan las oportunidades para terminar sus estudios y sobresalir.

A medida que se acercan sus exámenes finales y su vida social comienza a desvanecerse, le pide a su médico la interrupción del embarazo que en ese momento tenía unas semanas de desarrollo. El profesional le explica que el aborto está prohibido y terminarían ambos en la cárcel. La joven recurre a otro médico ginecólogo que le receta doce inyecciones de estradiol, diciéndole cómo debe aplicárselas para terminar con el embarazo.

<sup>30</sup> Es una película de drama francesa del 2021 dirigida por Audrey Diwan. Con un guion de Diwan y de Marcia Romano, basado en la novela del mismo nombre, de Annie Ernaux, la película está protagonizada por Anamaria Vartolomei y Luana Bajrami. Fue seleccionada para su estreno mundial en competencia en el 78 ° Festival Internacional de Cine de Venecia el 6 de septiembre de 2021, donde la película ganó el León de Oro y recibió críticas generalmente positivas.

Cuando pasan los días y no ve ninguna modificación Anne, en su pieza con ayuda de un velador un espejo y una aguja, intenta interrumpirlo. A consecuencia de ello, además de un dolor que la película refleja como insoportable, se provoca un sangrado. Pensando entonces que había conseguido su objetivo tiene una consulta con su médico –el primero que ella había visitado- quien le cuenta que el feto resistió el ataque. Anne le explica que también se había inyectado las doce dosis de estradiol recetadas. El doctor le dice que había sido engañada, ese medicamento, en realidad, lejos de tener efectos abortivos, fortalecía el embrión.

Su desempeño estudiantil empieza a decaer, saca malas notas, no puede completar sus tareas. Sus amigas no quieren ayudarla. A través de otra estudiante que había pasado por lo mismo se pone en contacto con una mujer que practicaba abortos. El procedimiento realizado tampoco logra el resultado buscado por la protagonista. La joven vuelve al lugar reclamando que no había conseguido la interrupción del embarazo. La mujer le explica que si lo vuelve a intentar puede morir. Anne decide igual avanzar, esta vez logra terminar con la gestación, pero termina hospitalizada.

La película muestra además los riesgos que corrían las mujeres cuando debían acudir a los hospitales en busca de atención médica luego de un aborto, porque donde se dictaminaba que el aborto no había sido espontáneo sino provocado, las mujeres terminaban presas.

De la reseña efectuada, podemos decir que Anne comete, no una, sino varias, tentativas de aborto. Todas antes de la semana 14 con lo cual de acuerdo a la legislación argentina no resultaría punible su conducta.

La tentativa de aborto con estradiol sería una tentativa inidónea. Pese a la voluntad de Anne de terminar con la gestación, el medicamento no tenía condiciones para provocarlo sino todo lo contrario.

Los otros dos intentos de aborto: el de la aguja en su habitación y el primero que le realiza la mujer que contactó no serían punibles, aun suponiendo que fuesen realizados después de la semana 14.

Con esto terminamos, este capítulo esperando que lo hayan disfrutado.

## CAPÍTULO 4

### Lesiones leves

*Lautaro Villordo*

El Capítulo II del Título I del Código Penal contempla el artículo que prevé el delito de las lesiones leves, el mismo sanciona *“al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este Código”*.

Lo primero que se advierte es que se trata de un tipo penal básico, siendo que serán lesiones leves siempre y cuando éstas no resulten captadas por los artículos 90 y 91 del Código Penal. De este modo, nos encontramos frente a un tipo residual, es decir que se configurará este delito solo cuando no se haya producido una lesión mayor -ni grave ni gravísima-, ello debido a que si se causa una lesión mayor se aplicará ese otro tipo penal quedando así las lesiones leves absorbidas por la otra figura.

El daño en el cuerpo o la salud del sujeto activo puede ser causado tanto por comisión como por omisión del sujeto activo. Por su parte la figura no requiere un medio comisivo específico.

La acción típica es lesionar causando un daño a un tercero, ese daño debe afectar el cuerpo o la salud del sujeto pasivo, pero ¿Cuándo se configura un daño en el cuerpo y/o en la salud del otro?

### **Daño en el cuerpo y daño en la salud**

Para empezar a analizar el tipo en estudio debemos entender el significado de las expresiones “daño en el cuerpo” y “daño en la salud”, ello a fin de poder llegar a la conclusión de que, si se configura el tipo frente a un hecho en concreto, es decir, poder evaluar si nos encontramos -o no- frente al delito de lesiones.

Si bien este se trata de un libro de estudio de derecho penal, lo cierto es que también nos encontramos frente a una obra que expone y une todo lo maravilloso del cine con el mundo del derecho.

De este modo, y a fin de no centrarnos solo en el derecho penal, puede referenciarse un fragmento de la excelentísima película *Star Wars - Episodio I*<sup>31</sup>. En dicho film, aparece en la pantalla el pequeño Anakin reparando su nave para poder competir en la carrera que tanto anhelaba ganar, en ese momento Jar Jar Binks -que se encontraba merodeando por el lugar- se propone tocar la nave, pero Anakin le advierte que no lo haga, siendo que si lo hacía quedaría con una lesión en la lengua por unas horas, sin embargo, Jar Jar hace caso omiso y la toca, resultando el pronóstico del joven Anakin. Si bien la cuestión relativa a la autolesión la analizaremos posteriormente, lo que aquí nos trae a cuento es preguntarnos si Jar Jar sufrió o no una lesión.

En este punto podemos definir al daño en el cuerpo como *“toda alteración de la estructura interna o externa del sujeto, como la destrucción total o parcial de la arquitectura y/o correlación de los miembros o de los órganos, tanto en el aspecto interno como externo, haya o no dolor, haya o no efusión de sangre”*. (Grisetti y Romero Villanueva, 2019, pág. 848)

En otro carril, parte de la doctrina sostiene que el daño corporal lo único que exige es una alteración de la estructura del sujeto, no incluyendo en el concepto la variación de partes del cuerpo que sean naturalmente destinadas a ser separadas del mismo, un ejemplo de ello pueden ser las uñas. Sin embargo, en el caso de que la separación de esta parte del cuerpo es realizada afectando su esencia (extirpar la uña entera), quedará configurado el tipo penal bajo estudio.

Sin embargo, posteriormente analizaremos las cuestiones atinentes a la insignificancia de la lesión causada, pudiendo quedar comprendido allí el corte -normal- de una uña.

Finalmente, Soler señala que existe daño en el cuerpo *“toda vez que se destruya la integridad del cuerpo o la arquitectura y correlación de órganos y tejidos, ya sea ello aparente, externo o interno”*. (Grisetti y Romero Villanueva, 2019, pág. 849)

Por otro lado, el artículo en estudio menciona la posibilidad de que el daño se produzca en la salud de la persona, para su configuración se requiere que exista un menoscabo del equilibrio funcional del organismo, afectando así a la salud de la persona.

Parte de la doctrina considera que el daño en la salud debe contar con cierta duración, siendo que una simple percepción desagradable no es suficiente para que se configure el tipo penal.

## Sujetos

Se trata de un delito que admite como sujeto activo a cualquier persona, es decir que es de *delicta comunia*. Sin embargo, el sujeto activo siempre debe ser diferente al sujeto pasivo,

<sup>31</sup> Star Wars “La amenaza fantasma” es una brillante película creada en Estados Unidos en el año 1999, tiene la particularidad que, si bien es el episodio I, no es la primera película de la saga, siendo que el episodio IV fue estrenado en el año 1977.

advirtiéndose que del texto legal se desprende “*al que causare a otro*”, de aquí que no resultan típicas las autolesiones.

Volviendo al fragmento de la película mencionada anteriormente, notamos que Jar Jar pone la mano por curiosidad en la nave de Anakin, aun sabiendo que si lo hacía tendría una lesión por unas horas, aquí estaríamos ante un caso de autolesión, resultando la misma atípica.

Por otro lado, en relación a los casos de autoría mediata, estos no son considerados como autolesiones, aquí la víctima (sujeto pasivo) resulta lesionada a raíz de actuar como instrumento de otro sujeto (sujeto activo), de este modo quien utilizó a la víctima o creó la situación en que se produjo el daño en el cuerpo o la salud va a resultar autor de las lesiones.

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona, no está de más aclarar que ello resulta desde el nacimiento hasta la muerte de la persona, quedando fuera del tipo tanto las lesiones al feto como las causadas después de la muerte de la persona.

He aquí de mencionar un fragmento de la película *La Leyenda del jinete sin cabeza*<sup>32</sup>, donde Lady Van Tassel, en su metódico plan para hacerse con la herencia de los Van Garret, busca fingir su propia muerte, y decide cortar la mano de una mujer muerta, ello con la intención de generar la misma herida que ella tuviera en su mano y así hacer pasar el cadáver como suyo. Aquí nos encontramos con la lesión en la mano de una persona ya fallecida, resultando así atípica la figura.

## La acción penal

Es un delito considerado dependiente de instancia privada, es decir que la víctima debe instar la acción para que sea investigado el hecho, ello a menos que medien circunstancias de seguridad o interés público.

Asimismo, en el caso de tratarse un hecho con pluralidad de víctimas, bastará con que una de ellas inste la acción penal.

## Consumación y tentativa

Como fue referido *ut supra*, la acción típica es lesionar, y esa lesión debe ser causada en el cuerpo o en la salud de la persona. Ello deja en claro que el delito se consuma al producirse el daño en el cuerpo o la salud del sujeto pasivo.

La tentativa es admisible, y a fin de poder definir qué clase de lesión quiso causar el sujeto activo, hay que analizar la voluntad y el grado de conocimiento que tuvo, es decir, valorar el dolo.

<sup>32</sup> Película del año 1999, dirigida por Tim Burton.

## Insignificancia de la figura

El problema aquí surge cuando las lesiones resultan de escasa entidad, de este modo si la lesión tuvo tan poca trascendencia, al punto tal que no constituyó un daño real, no puede tenerse por configurado el tipo, pues el bien jurídico protegido (integridad y salud personal) no se ve afectado.

Los casos aquí comprendidos son aquellos en los que la lesión es ínfima, como puede ser un rasguño, o sacar un cabello, la doctrina ha entendido en este punto que estas lesiones se pueden mencionar como de carácter levísimo, si bien la ley establece que la acción es típica al causar un daño en el cuerpo o la salud de otro, lo cierto es que hay lesiones que no merecen ser catalogadas como lesiones leves, ello en razón de su insignificancia, pues como antes mencioné no afectan el bien jurídico protegido.

## Tipo subjetivo

Se trata de una figura dolosa, el tipo requiere dolo directo o dolo eventual. Es decir que para su configuración se necesita tener conocimiento del hecho y la voluntad de su resultado por parte del sujeto activo.

## ¿Lesiones leves o tentativa de homicidio?

A primera vista parece un tanto extraño señalar que podría haber algún tipo de confusión entre la figura de lesiones leves y la de tentativa de homicidio, máxime considerando la notable diferencia que existe entre la escala penal de las referidas figuras.

Sin embargo, podemos encontrar situaciones que nos llevan a preguntarnos qué figura penal se aplica en un caso puntual. Por eso, a fin de una mayor comprensión traeré a colación un pronunciamiento dictado por la Cámara de Apelación y Garantías de Mar del Plata, ello en el marco de la causa 29391/2016.

De este modo, la defensa técnica del imputado apeló la prisión preventiva que el Juez de Garantías había dictado respecto de su defendido, y si bien realizó múltiples planteos, mencionaré lo concerniente al cambio de calificación legal, siendo que el imputado se encontraba privado de su libertad por la posible comisión del hecho que fuera calificado por el *a quo* como homicidio en grado de tentativa (arts. 42 y 79 del C.P.).

En el marco de la mentada causa, el imputado Ordoñez se habría trenzado en lucha con Sergio Adrián Urbistondo, produciéndole heridas con un arma blanca *“en el pecho bajo la tetilla izquierda, rodilla y brazo izquierdo”*. Sin embargo, la Alzada entendió que *“tuvo oportunidad de seguir adelante con su accionar contra el damnificado, si esa era su intención -previo a que*

*intervinieran terceras personas, separando a Ordoñez y a Sergio Adrián Urbistondo- y no lo hizo”.*

De este modo, entendiendo que el encartado no tuvo la intención de causarle la muerte a la víctima y valorando el resultado del informe médico realizado, la Cámara de Apelación y Garantías de Mar del Plata mutó la calificación legal al delito de lesiones leves.

Entendió la Alzada que *“las lesiones o cortes producidos por su asistido a la víctima de autos, no tuvieron la magnitud suficiente como para causarle la muerte, ni pusieron en riesgo su vida”* agregando que *“no puede concluirse, por la sola ubicación de las lesiones, que hubiera existido peligro para la vida, sino que ello debe resultar de la lesión misma y de un análisis integral de la prueba y de cómo sucedieron los hechos”.*

Continuó sosteniendo que *“según el Médico de Policía Martín Ferreyro, las lesiones constatadas eran cortantes y algunas sólo requirieron suturación, debiendo curar en menos de 30 días, salvo complicación, por lo que la figura prevista en el art. 89 del CP, por el momento, resulta apropiada”.*

Concluyó en que *“Con claridad, se advierte una directa voluntad de lesionar, de dañar, exteriorizada por el agente activo contra el cuerpo de la víctima, utilizando un arma blanca, cuyo impacto provocó heridas cortantes en el cuerpo del damnificado, mas ello no le impidió a éste seguir en pie y pelear de puños contra el hermano del imputado, así como comparecer, por sus propios medios, a la sede de la Fiscalía actuante, habiendo transcurrido tan solo trece días del hecho”.*

En este punto, podemos observar como de un mismo hecho tanto el Fiscal que instruyó la investigación, como el Juez de Garantías calificaron el hecho como tentativa de homicidio, sin embargo, la Alzada entendió que el mismo merecía ser calificado como lesiones leves.

Aquí, cabe traer a colación la magnífica película de *El hombre en la máscara de hierro*<sup>33</sup>, donde los protagonistas se ven forzados a enfrentarse a los mosqueteros del rey, cargo que una vez detentaron constituyéndose en leyendas dignas de admiración. En el afán de defender su propósito, pero sin intención alguna de herir de muerte a los jóvenes mosqueteros, es que D’Artagnan ordena a sus compañeros dispararles, pero específicamente aclara que lo hagan sin causarles la muerte. Aquí vemos cómo la voluntad estaba dirigida exclusivamente a herir a los soldados del rey, simplemente para neutralizar el ataque en su contra, ello en razón de que solo estaban siguiendo órdenes de quien creían que era el legítimo soberano.

## Lesiones leves y abuso de armas

Si bien en el primer párrafo del artículo 104 del Código Penal (abuso de armas) menciona que se aplicará dicho artículo cuando no resulte herida la persona, lo cierto es que en el segundo párrafo concede la posibilidad de aplicar el tipo penal *“aunque causare una herida”*.

<sup>33</sup>El hombre de la máscara de hierro es una película del año 1998, fue protagonizada por el entonces joven Leonardo DiCaprio.

Sin embargo, para aplicar la pena del segundo párrafo del artículo 104 del C.P., es necesario que de la herida causada no corresponda un delito con una pena mayor a la que impone el abuso de armas. De este modo, si en un hecho tipificado como abuso de armas se causa una lesión leve, está quedará absorbida dentro del tipo de abuso de armas, ello en razón de que el tipo en estudio resulta contar con una escala penal inferior a la del abuso de armas.

Finalmente, cabe mencionar que *“el delito de disparo de arma de fuego absorbe al de lesiones leves, quedando en consecuencia excluida toda posibilidad de existencia de concurso (Cám. Crim de Capital, 24-9-65, L. L. 122-920)”* (Donna, 1999, pág. 250).

## Derecho comparado

Como corolario, a fin de concluir el presente capítulo, resulta de interés traer a colación una muy breve comparación de la figura de lesiones leves tipificada en nuestro ordenamiento jurídico con otra regulación.

De este modo, encontré interesante el artículo 147 del Código Penal Español en razón de encontrar algunas diferencias significativas con el artículo 89 del Código Penal Argentino.

El artículo 147 del Código Penal Español sanciona:

1. “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.
2. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses.
3. El que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.
4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

Se observa a simple vista que el mencionado artículo cuenta con mayores especificaciones que el regulado por la legislación Argentina, ello en razón de que nace de la propia letra de la ley que la lesión se podrá causar por cualquier medio o procedimiento, siendo que nuestro ordenamiento siquiera hace mención a ello, asimismo la ley española agrega en el texto la diferenciación de salud física y mental, a contrapelo de ello, nuestra legislación sólo hace



referencia a un daño en el cuerpo o en la salud de la persona, sin tampoco realizar especificación alguna al respecto.

Por otro lado, tal como lo fui señalando a lo largo del capítulo, el artículo 89 del Código Penal de la Nación Argentina nos permite reflexionar sobre diferentes puntos del tipo penal, ello se debe en gran medida a la escasez que existe en la letra de la ley, adviértase que de la normativa española se intenta abarcar hasta los casos de insignificancia al mencionar como requisito de configuración del tipo un tratamiento médico o quirúrgico, aclarando que la simple vigilancia o seguimiento de la persona afectada no será considerado un tratamiento médico.

Finalmente, en el segundo y tercer párrafo abre la posibilidad de aplicar una pena de multa a aquellos que causen una lesión que no se encuentre abarcada por el primer párrafo, o a quienes golpeen o maltraten a un tercero sin causar una lesión, en este punto encontramos una clara diferencia con nuestro ordenamiento, siendo que en Argentina si se considera que no hay lesión el hecho resulta a todas luces atípico.

## Referencias

Buompadre, Jorge Eduardo, *Tratado de derecho penal*, parte especial, ConTexto, Resistencia, Chaco, 2021.

Causa nro. 29391/2016; “URBISTONDO, GUSTAVO ANDRÉS Y URBISTONDO, SERGIO ADRIAN S/ HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA”.

Cortazar María Graciela en

<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37780.pdf>

Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal*, Parte Especial, tomo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999

Grisetti, Ricardo Alberto y Romero Villanueva, Horacio, *Código Penal de la Nación comentado y anotado*, t. I, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2019.

Soler, Sebastián, *Tratado de derecho penal*, actualizado por Buompadre, Jorge Eduardo, Astrea, Buenos Aires, 2022.

## CAPÍTULO 5

### El artículo 90 del Código Penal en el Cine

*Edgardo Horacio Salatino*<sup>34</sup>

En plan de continuación de escribir sobre el Arte Cinematográfico como método de enseñanza del Derecho y sin reiterar ideas expresadas en trabajos anteriores, me toca analizar películas relacionadas con el delito de lesiones graves, establecido en el artículo 90 del Código Penal cuyo texto es el siguiente:

Se impondrá reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.

Debo formular una aclaración, pese a que cualquier lector podrá advertir enseguida la circunstancia referida al tipo objetivo del delito en estudio y que se trata de que las debilitaciones, dificultad y deformación permanentes que establece la norma solo podemos tenerlas por “probadas” mediante la inferencia.

En la mayoría de las películas, claro está, no contaremos con el dictamen pericial médico ni tampoco, en todos los casos, veremos al personaje víctima en suficientes ocasiones posteriores a los hechos para afirmar ese daño permanente.

Nuevamente habré de aclarar que la lista no será completa ni exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, que consignaré las citas de las películas en su nombre e idioma original y luego, entre paréntesis, la traducción, año de estreno y director y que también seguiré evitando referirme en demasía a los argumentos de cada película para así invitar a verlas y a no guiarse solo por estas notas.

Sin más preámbulos, comencemos con los primeros supuestos que la norma en estudio establece, esto es, los de debilitaciones permanentes.

Debilitación es, para el caso, disminución de algunas funciones vitales para el ser humano y que el artículo especifica en cuatro de ellas, lo cual no ofrece mayores dificultades interpretativas, a diferencia del adjetivo permanente que, si bien puede ser claro en su definición, no lo es en la aplicación normativa.

Sobre esa cuestión adhiero a la opinión de que permanencia

<sup>34</sup> Agradezco a Facundo Manuel Ferrari, defensor oficial y cinéfilo consumado, por sus aportes a este artículo.

(...) alude a la persistencia del resultado por tiempo prolongado y se plantea como la probabilidad estimada (diagnóstico) de que la evolución natural o los procedimientos científicos ordinarios no pueden eliminar la deficiencia constitutiva del daño, reconstituyendo la estructura corporal o devolviendo a la función su anterior eficiencia. Subsiste aun cuando la eficacia anterior pueda devolverse por elementos sustitutivos artificiales (prótesis) o reconstituirse la estructura corporal por medio de esos elementos o de procedimientos quirúrgicos especiales (p.ej., cirugía estética, trasplantes orgánicos). (Creus, 1991, pág. 76)

El primer ejemplo que habré de mencionar lo observamos en *The Shawshank Redemption* (*Sueños de libertad*, entre otros nombres, 1994, dirigida por Frank Darabont) en la escena en la que el carcelero Byron Hadley (Clancy Brown) somete a golpes en la celda al interno Bogs Diamond (Mark Rolston) a quien luego vemos maltrecho y en silla de ruedas; el narrador de la película menciona que no volvió a caminar otra vez.

El hecho constituiría un caso de debilitación permanente de la salud que “*consiste en la disminución en las funciones físicas y psíquicas del individuo, es decir, se trata de una debilitación general del organismo de la víctima a causa de la lesión inferida*”. (Donna, 2004, pág. 164)

De acuerdo al orden establecido en la norma analizada pasemos ahora a la debilitación permanente de un sentido, que implica la afectación a la función de la vista, oído, olfato, gusto y tacto, esto es, que el sentido en cuestión seguirá funcionando, pero de modo deficiente.

Podemos observar un ejemplo de este supuesto – y de otro también - en la película *A History of Violence* (*Una Historia Violenta*, 2005, dirigida por David Cronenberg). Aquí no vemos el hecho, sino que es la propia víctima, Carl Fogarty (Ed Harris) quien lo comunica al contar lo que le ocurrió mientras podemos ver su rostro con la cicatriz y afectación de un ojo, que se aprecia agrietado y de color blanquecino mientras acusa al protagonista de la película, Tom Stall (Viggo Mortensen), de ser el autor de tales lesiones.

Tenemos, entonces, una debilitación permanente en el sentido de la vista pues solo cabe inferir que la víctima ve a través de un ojo y no de los dos, pero, al mismo tiempo observamos un caso de deformación permanente del rostro, sobre la que escribiré más adelante. Esta última circunstancia es un ejemplo, tanto en el Cine como en la realidad, de que los hechos pueden acuñar más de una de las calificaciones agravantes.

Cerraré este tema citando a Soler en cuanto considera que la “*pérdida de un ojo o de un oído importa debilitamiento del sentido de la vista o del oído, aparte de que puede importar eventualmente deformación de rostro*” (1992, pp. 128/129)

En orden a la debilitación permanente de un órgano, ésta significa una afectación funcional del mismo y se trata igual de lo que ocurre con el sentido, y no solamente la generación de un daño en la anatomía.

De esta manera el órgano debe revestir cierta autonomía para lograr su función, aunque esta no debe exigirse como absoluta dada la convergencia con otros órganos, aparatos o sistemas para poder ejercerla plenamente y, por ello, son ejemplos de órganos las manos y los pies.

La película *Four Rooms* (*Cuatro habitaciones*, 1995, dirigida por Allison Anders, Alexandre Rockwell, Robert Rodríguez y Quentin Tarantino) consta de cuatro historias que ocurren en igual número de habitaciones de un hotel y que tiene por protagonista común a Ted (Tim Roth), el flamante botones, quien interactúa con los distintos personajes en cada uno de los segmentos. En el último se produce una situación en la que Ted es tentado a participar de una apuesta por la que obtendrá dinero si le corta el dedo meñique a Norman (Paul Calderón), uno de los presentes.

Nuestro hombre toma un hacha preparada a tal efecto, corta el dedo de Norman (exhibido sobre una tabla para facilitar el acto), se hace del dinero y se va caminando contoneándose alegremente por un pasillo del hotel.

Sin duda estamos frente a una debilitación permanente de una mano, pero el problema se suscita en un aspecto de la parte general del Derecho Penal que no debemos dejar de mencionar. Nos referimos al consentimiento de la víctima pues aquí podemos ver que el damnificado aceptó la apuesta con las consiguientes consecuencias.

Seguidamente surgen más dudas ya que también podemos pensar que el damnificado no se esperaba ese desenlace cuando grita de dolor y desesperación dirigiendo una forma de reproche indirecto a Ted al preguntar airadamente por qué no esperó, de lo que puede inferirse, entonces, que no contaba con la consumación del acto.

La enseñanza del Derecho a través del Cine incluye el método conocido como Cine – Debate y éste es uno de los tantos ejemplos para ello. Así, en el marco de una clase, un grupo podrá fundamentar la postura afirmativa respecto a los requisitos típicos de la figura analizada, mientras otro, lo hará con la posición negativa.

Vayamos ahora a la debilitación permanente de un miembro, referido entonces, a “*una de las partes del cuerpo que se insertan en el tronco, consideradas individualmente y no por pares*” (Soler, 1992, pág. 130) lo que podrá traducirse en la afectación a los movimientos, motricidad, fuerza o habilidades al utilizar los brazos y las piernas, aunque sea uno de ellos.

Tenemos en *Misery* (1990, dirigida por Rob Reiner) la icónica y fortísima escena en que Annie Wilkes (Kathy Bates) coloca un tirante de madera entre los pies de Paul Sheldon (James Caan) mientras éste se encuentra postrado en la cama para luego romperle los huesos con una maza mientras que, al final de la película, veremos a la víctima caminando con ayuda de un bastón.

Los dos mazazos –se muestra uno de ellos– parecen ser propinados en los tobillos y en razón de que éstos forman parte de la pierna, pese a que constituya la unión con el pie, es que considero que se trata de una debilitación permanente de un miembro y no de un órgano.

Quizá no deba mencionar *Los Santos Inocentes* (1984, dirigida por Mario Camus) que retrata cruda y magistralmente las humillaciones a las que son sometidos los campesinos por

parte de los señores, pero es una obra maestra y quiero hacerlo. En caso de no corresponder confío en la indulgencia y simpatía de quienes lean estas páginas.

Paco, el bajo (Alfredo Landa), uno de los sometidos íntegramente a la voluntad de su “dueño”, se lesiona gravemente una pierna – quebradura de alguno de los huesos - durante una cacería de pájaros, cumpliendo las órdenes del señorito Iván (Juan Diego). Apenas comenzado a reponerse, Iván lo obliga a participar de una nueva partida, dónde se lesiona nuevamente y, esta vez, su pierna queda dañada definitivamente.

Iván no lo hizo directamente y tampoco lo obligó a lesionarse, pero en ningún momento le importó la salud de su sirviente pues sabía perfectamente que Paco no podía hacer lo que le pedía y el médico así lo había determinado.

Luego, la ciega obediencia a la que estaba sometido este personaje y toda su familia le impidió rechazar la orden absolutamente. Ofrezco el caso para el debate, pese a las desventajas de quienes aboguen por la postura afirmativa de la existencia del delito en cuestión.

Después de los cuatro supuestos de debilitaciones la norma en estudio establece como agravante que las lesiones produzcan una dificultad permanente de la palabra, lo que implica que una acción, tanto de carácter físico como síquico, genere suficientes problemas a la víctima para que pueda darse a entender mediante el lenguaje oral.

Quedarán fuera del delito calificado, entonces, los casos de lesiones que produzcan una mínima afectación que no genere obstáculo alguno para ser entendido por cualquiera que oiga al damnificado.

Resulta muy dificultoso encontrar jurisprudencia sobre este supuesto y lo mismo ocurre en el Cine, donde encontramos, por ejemplo, casos de afasia, pero no producida intencionalmente por una persona sino como consecuencia de problemas en la salud, tal como ocurre tras algunos accidentes cerebro vasculares.

Pasemos, entonces, al siguiente supuesto previsto en el artículo analizado, el cual se refiere a haber puesto en peligro la vida del ofendido y que ha merecido varias objeciones. Así, Soler escribió

(...) la dificultad consiste en que se pone como base de una agravación la idea de peligro, posibilidad de un daño, que siempre consiste en un juicio pronóstico sobre un hecho futuro. Pero como en este caso debe descartarse que el peligro se transforme en daño, resulta siempre que, puesto que el herido no muere, la pena se agrava, en realidad, porque en un determinado momento hubo el temor de que muriese”. (1992, 131)

Para que la agravante concorra sin vulnerar el principio de legalidad mediante una interpretación extensiva de la ley penal, debe darse el caso de peligro real y concreto a la vida generado por la o las específicas lesiones producidas en el caso.

Pero de cualquier manera el problema de que la calificación legal dependerá de un diagnóstico médico que desembocará en la formulación de un juicio a futuro siempre estará

presente y, consecuentemente, siempre quedará vigente una franja de dudas e incertidumbres sobre cuándo ha de aplicarse la ley.

Asimismo, en muchos casos estaremos frente a una línea difusa entre este delito y el de homicidio en grado de tentativa al tener la difícil tarea de determinar el dolo en forma concreta.

Por ello cabe citar la película *El polaquito* (2003, dirigida por Juan Carlos Desanzo) en la que el personaje epónimo (Abel Ayala) es arrojado del tren en movimiento por tres personas a las órdenes del Rengo (Roly Serrano) para terminar internado en un hospital con varias vendas y yesos. No queda claro, entonces, cuál fue la intención del autor intelectual o la de los ejecutores y el peligro en la vida se presenta por inferencia, pero es un ejemplo que puede acercarse a la norma en estudio y, ya con seguridad, generar un espacio de discusión.

La anteúltima circunstancia agravante en el delito de lesiones graves se produce cuando la herida genera una inutilidad para el trabajo por más de un mes, incapacidad ésta, que debe ser tomada en sentido general y no en el específico de cada víctima. De lo contrario si la afectación se produce, por ejemplo, en una pierna podría generar la inutilización para quien trabaja de pie o caminando y no a quien lo hace sentado desde su casa, lo cual ocurre a menudo y más todavía a raíz de la pandemia por Covid 19.

Claro está, el diagnóstico médico es imprescindible para comenzar a hablar del asunto.

En *Cape Fear* (*Cabo de miedo*, 1991, dirigida por Martin Scorsese), podemos analizar dos escenas. La primera empieza en un bar en donde Max Cady (Robert de Niro) conoce a una compañera de trabajo de Sam Bowden (Nick Nolte), Lori Davis (Illeana Douglas). Entre ellos se produce un diálogo amable y divertido y va surgiendo la seducción que finalizará cuando ambos van a la casa de ella, donde él le coloca unas esposas, le lesiona fuertemente un brazo hasta la fractura, le arranca un trozo de piel y carne de una mejilla aplicando una salvaje mordida y la viola.

De esta manera tenemos un caso de lesiones graves en la modalidad de inutilización para el trabajo por más de un mes y, probablemente, uno de deformación permanente del rostro.

Me tomaré una licencia al violar una prohibición autoimpuesta y referida a no citar películas del género de fantasía, pero la escena que quiero reflejar no reviste ese carácter, al menos en su esencia. Así, en *The Dark Night Rises* (*Batman: El Caballero de la noche asciende*, 2012, dirigida por Christopher Nolan) podemos observar la pelea entre Batman (Christian Bale) y el antagonista Bane (Tom Hardy) en la que éste alza a su enemigo y lo hace caer sobre una rodilla, lo que le genera el desplazamiento de una vértebra, como luego se sabrá, y lo dejará postrado por varios meses.

Más adelante lo veremos recuperado, por lo que podemos descartar la debilitación a la salud, pero no la inutilización para el trabajo, por lo que consideramos que el agravante se aplica llanamente.

Mencionaremos ahora una película donde la escena que habremos de comentar puede generar debate respecto a la aplicación de la norma analizada y se trata de *Mo' Better Blues* (*Mejores blues y más*, 1990, dirigida por Spike Lee).

Bleek Gilliam (Denzel Washington) es un trompetista consagrado. Una noche, afuera de un local nocturno en el que tocaba, resulta atacado por varias personas y terminan rompiéndole la boca, circunstancia que le genera la imposibilidad por mucho tiempo de poder tocar la trompeta y se traduce, en su caso, en no poder trabajar. Parecería que los atacantes sabían quién era su víctima. Esto nos permite especular que los golpes en la boca tenían por objeto generar el mayor daño posible. A punto tal que cuando posteriormente es asistido por sus conocidos quienes se encontraban en el local, incluido su rival en la música, Shadow (Wesley Snipes), éste reacciona enojado y dolido al ver lo que le había ocurrido.

En la misma orientación y con igual cuestionamiento tenemos una escena de la película *Creed III* (2023, dirigida por Michael B. Jordan) cuando en una reunión festiva del mundo del boxeo se encuentran los dos futuros contendientes para una velada donde se pone en juego el título mundial, pero un tercero golpeará con un fierro a Viktor Drago (Florian Munteanu), uno de los boxeadores, quien no podrá pelear por varios meses a raíz de ello.

Más adelante se develará que quien lo golpeó lo hizo a instancias de Dame Anderson (Jonathan Majors), cuya intención era quitar del medio a Drago y así ser él uno de los contendientes por el título mundial, esto, demostraría un específico dolo de producir lesiones graves en la modalidad de inutilización para el trabajo por más de un mes.

En ambos ejemplos, pero especialmente en el último, puede pensarse en la aplicación de la agravante por la exclusiva intencionalidad en el accionar de los agentes y no por las heridas en sí mismas, pero ahora no es del caso tomar una posición decisiva sino someter el asunto al debate académico.

Otra escena aplicable al caso, y también generadora de controversias, podemos verla en la ya citada *Cape Fear*, cuando Bowden contrata a tres hombres –matones– para que le propinen una “paliza” a Cady, lo cual ocurrirá en la noche, lejos de cualquier testigo, a excepción del propio Bowden, que observa la escena escondido. Cady es agredido y golpeado fuertemente, pero logrará defenderse y atacará agresivamente a sus atacantes al punto tal de convertirse en ganador de la pelea.

Sin embargo, podemos ver en la audiencia ante el juez por el hecho en cuestión, que Cady se encuentra malherido y su abogado se refiere a la necesidad de una recuperación, aunque claramente exagera las heridas para perjudicar a Bowden.

Podemos inferir que, ante un hipotético examen médico, las heridas sufridas producirían la inutilización laboral por más de un mes, pero la extraordinaria resistencia y fuerza física de la víctima demuestran otra realidad. Aquí se nos presenta, entonces, otro ejemplo para discutir.

El último agravante, que se refiere a la deformación permanente del rostro, no resulta sencillo de definir y la Doctrina y Jurisprudencia aportan opiniones disímiles y merecedoras de objeciones.

Soler, por ejemplo, considera que *“no es necesaria una alteración repulsiva para la existencia de la deformación de rostro. Basta que exista una deformación aparente, que destruya la armonía y aun simplemente la belleza del rostro”*. (Soler, 1992, pág. 135).

Donna critica esta opinión al considerar que, según ese criterio, “*cualquier marca infringida en el rostro implicaría lesión grave*” (2004, pág. 135) aunque debemos asentar que el propio Soler se había encargado de decir, previamente y en la misma hoja, que no toda marca en la cara comportaba agravación. Para Donna, entonces, la ley requiere una alteración en la simetría y la cicatriz inferida debe llamar la atención de los demás.

Para Creus “*el rostro se deforma cuando la simetría de sus líneas o el equilibrio de la fisonomía (p.ej., manchas) se cambia afeándolo, o sea, dándole una configuración antiestética perceptible por los demás*”. (1991, pág. 80)

Sin embargo, los parámetros de “belleza” o “fealdad” carecen directamente de validez para efectuar la calificación legal, ello en razón de su absoluta subjetividad y también de la vaguedad de tales términos. Misma consideración debo formular respecto a que la herida “llame la atención” pues sin otro elemento normativo que robustezca la apreciación, también quedará en el ámbito de lo subjetivo pues lo que podría llamar la atención de una persona podría no hacerlo con otra.

A mi juicio, entonces, debe tratarse de una lesión que altere la natural simetría o la natural regularidad de las líneas del rostro del ser humano.

En *The Godfather* (El padrino. 1972. Dirigida por Francis Ford Coppola) Michael Corleone (Al Pacino) es sostenido e inmovilizado por dos policías y así, el capitán McCluskey (Sterling Hayden) le propina un fortísimo golpe en el rostro que termina fracturándole la mandíbula, una marca en el rostro con secuelas en el tiempo y una constante secreción de fluidos por su nariz que lo obliga a sonársela permanentemente.

La película *The Gambler* (El Jugador, 1974, dirigida por Karel Reisz) muestra al final como Alex Freed (James Caan), un profesor de Literatura adicto al juego, y luego de alternar con una trabajadora sexual, es amenazado con una navaja por el proxeneta de turno (Antonio Fargas), Ambos inician una pelea y Freed golpea salvajemente al rufián, en ese momento la mujer toma la navaja y le corta una mejilla, que se verá afectada prácticamente en su totalidad. Tiempo antes, la novia de Alex le había pedido abandonar el juego y le recordaba haber conocido a alguien que por la misma razón terminó con una horrible cicatriz en su rostro.

Puede pensarse entonces, por esa razón, la similitud con el destino de Alex y, de ese modo, podemos estimar que se trata de un caso de deformación permanente del rostro. Pero, por supuesto, el debate quedará abierto.

La famosa y magistral obra *L’homme qui rit* (*El hombre que ríe*), del genial Victor Hugo, ha tenido dos excelentes adaptaciones cinematográficas que muestran un acabado ejemplo de deformación permanente del rostro, pese a que esta haya ocurrido por una intervención quirúrgica.

Las películas homónimas, la de 1928 dirigida por Paul Leni y la de 2021 dirigida por Jean-Pierre Améris, muestran a Gynplaine (Conrad Veidt y Marc André Grondin, respectivamente) exhibiendo una deformación perenne en su rostro con su boca que asemeja una eterna sonrisa, producida por una operación innecesaria al solo efecto de deformar la cara, cuando contaba con solo dos años de edad y había sido vendido por unas pocas libras esterlinas.



La celeberrima novela de Gastón Leroux, *El Fantasma de la Ópera*, ha tenido en el Cine muchas versiones, con mayores o menores similitudes con el libro y algunas de ellas con bastante libertad de argumento.

En la novela el personaje del fantasma, Eric, no tenía el rostro deformado por heridas, sino que así había nacido, pero el Cine nos ha dado ejemplos distintos y citaré uno de ellos.

Así, en *Phantom of the Opera* (*El Fantasma de la ópera*, 1943, dirigida por Arthur Lubin) el compositor Eriq Claude Claudin (Claude Rains), apremiado económicamente, envía a una editorial una obra musical de su autoría para su publicación. Frente al silencio de los editores se presenta en el lugar y descubre que éstos se han apropiado de su composición, la situación desatará su ira y atacará a uno de ellos, mientras esto se desarrolla aparece una asistente y le lanza a la cara un ácido que llevaba en una fuente al ver su proceder.

Claudin, entonces, se convertirá en el famoso personaje que utiliza la máscara para cubrir su rostro, cuya mitad ha quedado seriamente carcomida y, sin lugar para la duda, con deformación permanente.

Los elementos del tipo penal están presentes, aunque luego podrá discutirse si se trató de una cuestión de legítima defensa de terceros –parece más una revancha- pero dejemos esto para otra ocasión e invito a los lectores, a modo de despedida, a ver ésta y las restantes películas mencionadas y, huelga decirlo, al análisis normativo y sus pertinentes debates.

## CAPÍTULO 6

# La versatilidad de la conducta humana en el arte dramático: lesiones gravísimas

*Pilar Rodríguez Genin y Agostina Vincentti*

### Introducción

El arte, en todas sus esferas, es un reflejo del ámbito íntimo y de la exteriorización de este en la vida de las personas. La cinematografía, en este caso, nos muestra situaciones de la vida real, o, a veces, de un mundo surreal, en donde en distintas situaciones, nos encontramos experimentando una empatía o identificación con las vivencias de los personajes que llevan a cabo la historia que se nos presenta con fines de entretenimiento.

El Derecho Penal, traspasa todas las esferas de nuestra cotidianeidad, por ello mismo, podemos identificar comportamientos, que nuestra normativa penal cataloga de delictivos, en películas o series, aunque su trama principal no verse sobre lo jurídico. Consideramos que estas cuestiones tienen el poder de despertar en los espectadores ciertos interrogantes que permiten profundizar nuestros conocimientos del derecho.

En el caso de la película que constituye nuestro objeto de estudio –*Corre*– vemos una serie de conductas moral y normativamente reprochables, a las cuales se le debe prestar especial atención para identificar los elementos intrínsecos que, según desde la perspectiva que los analicemos, podrán ser encasillados tanto en un tipo penal o en otro.

Como veremos más en profundidad a continuación, el factor temporal de la existencia del daño es fundamental a la hora de identificar frente a cuál de los tipos penales nos encontramos –lesiones graves o gravísimas– en el marco de conductas que pueden causar dubitación a quien las observe.

La intención de este capítulo es continuar adentrando al lector al conocimiento de otra de las tantas figuras contempladas en nuestro Código Penal Argentino; en este caso puntual, la correspondiente a las lesiones gravísimas, junto con sus aspectos más relevantes.

## Código Penal Argentino. Libro Segundo. De los Delitos. Título I.

### Delitos contra las personas. Capítulo II. Lesiones

Reza nuestro Código Penal Argentino:

**ARTÍCULO 91.** - Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.

Este artículo regula la figura conocida como lesiones gravísimas. Las mismas entran en la familia de los delitos de lesiones ubicadas en el Capítulo II del Libro Segundo (Delitos contra las personas) del Código Penal.

En este apartado vemos una graduación del mismo tipo según el impacto y los efectos que causan en la víctima la acción de lesionar, empezando a exponer en primer lugar las lesiones leves, luego las graves y, por último, las que nos compete desarrollar en este momento, las gravísimas.

Siguiendo con este hilo de pensamiento, es de destacar lo mencionado por el autor Carlos Fontan Balestra (2008), en lo relativo a la reparabilidad o no de las lesiones como un criterio distintivo entre estas figuras.

El mismo expone que las lesiones se pueden diferenciar entre las que *“han causado un daño irreparable”*, en cuanto a *“la magnitud y naturaleza de ese daño a la luz de factores anatómicos, fisiológicos, económicos y sociales”* y en las que el daño es reparable, teniendo en cuenta el tiempo de incapacidad para el trabajo y el peligro de vida del ofendido.

Por esto, hace alusión a que el objeto de análisis en materia de lesiones, es el daño sufrido por la víctima, y no la naturaleza de la acción o los medios por los cuales se la vulnera.

Lo que tienen en común estos tres tipos es el bien jurídico protegido que el legislador buscó proteger al momento de su incorporación a nuestra legislación, que en este caso consiste en la integridad corporal y la salud física o mental de la persona. Podemos ver su respaldo constitucional en el artículo 5 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>35</sup>. Este tratado internacional con jerarquía constitucional protege el derecho a la integridad personal que tiene cada persona por el simple hecho de ser tal.

La acción típica es causar, ocasionar o provocar un daño en el cuerpo o en la salud. El legislador ha tenido en consideración, no sólo la esfera corporal, sino también la salud del individuo. Por ello, María Graciela Cortázar en el código penal comentado “Pensamiento Penal”<sup>36</sup> distingue el daño corporal del daño en la salud.

<sup>35</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. Derecho a la Integridad Personal. Artículo 5. 1. *Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.*

<sup>36</sup> Lesiones Gravísimas. Por Cortazar, María Graciela, Código Penal Comentado de libre acceso Asociación Pensamiento Penal <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37780.pdf>

Ambos, tanto el cuerpo como la salud, están íntimamente relacionados, sin embargo, podemos diferenciar que daño en el cuerpo consiste en una alteración anatómica de la víctima, mientras que el daño en la salud, es el cambio en el equilibrio funcional en el organismo de la víctima.

La concepción de daño corporal, se agota con la afección en la esfera física del sujeto pasivo, mientras que, en el daño en la salud, se puede ver afectada tanto la esfera física como psíquica del mismo.

El término “enfermedad”, hace alusión a un “*estado patológico que anula la capacidad funcional del individuo*”. (Buompadre, 2018).

El legislador, a la hora de sancionar e incorporar esta figura en el Código Penal Argentino, tuvo en consideración que las lesiones gravísimas se pueden materializar de distintas formas, por lo tanto, enuncia distintos supuestos. Uno de ellos, fue explicado con anterioridad, y es la existencia de una “*enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable*” como producto de la acción lesiva.

Sin embargo, es menester no solo mencionar sino también interiorizarnos en las aristas alternativas que presenta la conducta legislativamente penada. Entre los demás supuestos previstos en nuestra ley podemos encontrar: “*la inutilidad permanente para el trabajo*”, “*la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro*”, “*del uso de un órgano o un miembro, de la palabra*” o “*de la capacidad de engendrar o concebir*”.

Con fines de ampliar la exposición de estas eventuales situaciones tomaremos como objeto de observación una escena particular de la reconocida serie, ganadora de múltiples premios, conocida como *Game of Thrones*.<sup>37</sup>

## **Game of Thrones (2011) - Capítulo 10, Temporada 1**

Esta versión televisiva de la novela *Canción de Hielo y Fuego* exhibe un sinnúmero de escenas que podrían servir a los fines didácticos del presente capítulo. Una de ellas, es la que tiene lugar dentro de los diez primeros minutos del último episodio de la primera temporada.

Una vez que Joffrey Baratheon se sienta en el trono de hierro, inicia un cruento gobierno basado en medidas despiadadas y violentas, cuyas consecuencias recaen en sus súbditos. La producción, nos muestra un claro ejemplo de este desalmado accionar, cuando el rey obliga a un juglar que repita la interpretación realizada en una cantina, en la cual, este mismo, ridiculiza a la familia real y a la muerte del padre del rey - Robert Baratheon- con su lírica ingeniosa.

Una vez finalizado el relato, el rey Joffrey fingiendo una falsa misericordia, le da a elegir a este cantor cual parte del cuerpo prefería conservar, si los dedos o la lengua.

---

<sup>37</sup> Game of Thrones (GOT; llamada Juego de tronos en el mundo hispano hablante) es una serie televisiva producida por la cadena HBO y desarrollada por David Benioff y D.B. Weiss a partir de la narrativa esbozada en los libros “Canción de hielo y fuego” escritos por George R. R. Martin

Ambos miembros eran esenciales para el desarrollo de sus habilidades como juglar y, por lo tanto, para el ejercicio de su oficio/trabajo. Sin embargo, luego de suplicar infructuosamente por piedad, el desgraciado bardo responde *“Todo hombre necesita sus manos, Su Alteza”*. Acto seguido, el despiadado rey ordena al verdugo de la corona que proceda con la mutilación de la lengua del mismo.

Dejando de lado, el poder absoluto del cual goza el titular del poder monárquico, no sólo para dictar normas sino también a la hora de imponer sanciones, si analizamos la conducta de manera objetiva y libre del contexto narrativo de la historia, cualquier amputación de un miembro -en este caso la lengua- consiste en una lesión gravísima.

Sin embargo, el ejemplo seleccionado no sólo encuadra en el supuesto tipificado como *“pérdida de un miembro”* sino, además, se podría analizar como *“la inutilidad permanente para el trabajo”* y como *“la pérdida del uso de la palabra”*. Por lo cual, un mismo supuesto fáctico, visto desde diversas perspectivas, podría englobar sin percances, diferentes supuestos contemplados en un mismo tipo penal.

## **Game of Thrones (2011) - Capítulo 1, Temporada 1**

Como ya hemos mencionado, la saga cuenta con una innumerable fuente de ejemplos sumamente útiles para los fines de este libro. Sin irnos más lejos, la última escena del primer capítulo de toda la serie nos muestra un claro ejemplo de un supuesto enmarcado en las lesiones gravísimas que ocasiona la pérdida *“del uso de un órgano o un miembro”*.

A diferencia del ejemplo anteriormente descrito, en esta circunstancia, no hablamos de una mutilación (separación anatómica del miembro/órgano) sino que nos referimos al menoscabo del empleo del miembro (lo que se pierde es la posibilidad de su uso, no su anexión corpórea).

Nos referimos a la icónica escena en donde vemos como Brandon Stark -uno de los hijos más pequeños del clan Stark- se encuentra trepando una de las paredes de la fortaleza de Invernalía (*“Winterfell”*) cuando descubre, de manera impensada, a los hermanos Lannister - Jamie y Cersei - teniendo relaciones sexuales en la sala superior de la torre.

Al descubrir la presencia incógnita del niño, e impulsado por el temor de que divulgue el secreto descubierto, Jamie Lannister lo empuja por la ventana causándole una minusvalía que le impide mover las piernas.

Como consecuencia de este intento de homicidio, la víctima sufrió una lesión que le impidió, por el resto de su vida, volver a contar con la movilidad de sus miembros inferiores, por lo cual, ha perdido la capacidad de caminar, escalar y de desarrollar demás actividades a las que estaba acostumbrado a realizar utilizando sus piernas.

Todas estas potenciales situaciones tienen como factor común, la perdurabilidad del daño, como agravante y distintivo del tipo penal y su correspondiente pena.

Es decir, las lesiones gravísimas se diferencian de las conocidas como leves o graves, por la permanencia de las consecuencias negativas en la integridad física o salud de la víctima. Por ello, los legisladores han decidido brindarle mayor protección al bien jurídico.

Para ejemplificar lo preceptuado en el final del texto del artículo 91 de nuestro Código Penal, el legislador prevé como una más de las consecuencias de este delito, la “*incapacidad de engendrar o concebir*” que puede sufrir el sujeto pasivo. Nos resultó interesante hacer mención a una película del año 2014, sobre el excéntrico matemático, criptoanalista y pionero científico de la computación, el británico Alan Turing, quien fue una figura clave en el descifrado de los códigos de la Máquina Enigma de la Alemania Nazi, siendo esto lo que ayudó a la victoria en la Segunda Guerra Mundial y quien más tarde fuera procesado penalmente por su homosexualidad, pues en la época que transcurre la película, era ilegal.

La pérdida de la capacidad de engendrar o concebir equivale a la extinción de la facultad de reproducirse, sea por la ablación de los órganos reproductivos o causando una impotencia general por cualquier otro medio.

En palabras de Fontán Balestra, se refiere a la inutilización de los órganos genitales del hombre y de la mujer para la procreación, pudiendo tratarse de una supresión anatómica de los órganos o una incapacidad funcional.

## ***El Código Enigma (The Imitation Game, 2014)***<sup>38</sup>

El protagonista de esta historia -Alan Turing- (interpretado por Benedict Cumberbatch) es un personaje sumamente interesante, donde se intenta mostrar cómo en sociedades o culturas pasadas, lo raro, lo diferente, era marginalizado o atacado.

Este film -además de versar sobre cómo fue decodificando las comunicaciones encriptadas utilizadas por los nazis y cómo el protagonista logró sortear todos los obstáculos que se le atravesaron en el camino para llegar a su cometido- nos resulta interesante desde el punto de vista del Derecho Penal y de la figura en estudio, desde que el director nos relata los últimos años de vida del protagonista, quien recibe una condena por su preferencia sexual, (considerado por dicha elección como una persona indecente); pudiendo evitar la cárcel si se comprometía y sometía a un terapia hormonal que, en palabras del protagonista, era “*una castración química para curarme de mis preferencias homosexuales*”, demostrando explícitamente, cómo a través del suministro de diferentes medicamentos o fármacos, se incapacitaba al protagonista en su facultad reproductiva, encuadrando en el supuesto mencionado en el tipo penal de estudio.

---

<sup>38</sup> El Código Enigma (*The Imitation Game*) es una biopic bélica estadounidense y de suspenso, del año 2014 protagonizada por Benedict Cumberbatch caracterizando a Turing, Keira Knightley y Matthew Goode, entre otros.

## Película Corre (Run)

Con la finalidad de exponer los elementos esenciales de la mencionada figura penal, hemos elegido de modo ejemplificativo, el thriller psicológico lanzado recientemente en el año 2020 por la plataforma “Hulu” y posteriormente incorporado por la plataforma de *streaming* estadounidense conocida como Netflix Inc- titulada “Run” (también nombrada *Corre*<sup>39</sup> en Hispanoamérica y *Mamá te quiere* en España).

El film comienza con una escena ambientada en un hospital en donde se muestra que la protagonista, Diane (Sarah Paulson), da a luz prematuramente a su hija, quien es trasladada inmediatamente a cuidados neonatales para recibir tratamientos de urgencia, debido al precipitado nacimiento.

Posteriormente, y pasados diecisiete años de dicho suceso, nos encontramos con Chloe (Kiera Allen) hija adolescente de Diane, quien lleva una vida convencional, aislada en su morada, debido a las afecciones físicas padecidas y a la constante necesidad de recibir asistencia de su madre.

Chloe, tal como ocurre con la mayoría de los adolescentes, ha presentado su postulación en distintas universidades, teniendo como preferida la Universidad de Washington, por lo cual se encuentra ansiosa por recibir noticias de si fue aceptada o rechazada, pero el correo es recibido por su madre.

En la espera de noticias al respecto, un día como cualquier otro, Chloe encuentra en la bolsa de los mandados realizados por Diane, un frasco de pastillas con un prospecto inquietante a nombre de su madre. A partir de este suceso, comienza a sospechar sobre las medicaciones que le son administradas por su progenitora y los efectos que estas tienen en quienes las consumen.

Luego de varias dificultades técnicas a la hora de buscar información al respecto, y a espaldas de su madre, decide ir a la farmacia del pueblo para obtener respuestas. Es en ese momento descubre la verdad sobre Diane, quien ha estado suministrándole diversas drogas que han causado en ella efectos adversos, entre los cuales encontramos arritmia cardíaca, asma, hemocromatosis, diabetes y parálisis de sus miembros inferiores, que la llevaron a utilizar una silla de ruedas para desplazarse, con el fin de retenerla bajo su esfera de cuidado e influencia.

Es en este momento podemos reconocer la presencia de uno de los elementos de la figura penal, objeto de estudio del presente trabajo, ya que las afecciones mencionadas, provocadas por el sujeto activo (Diane) eran consideradas por el sujeto pasivo (Chloe) como “cierta o probablemente incurable”. Fontan Balestra, en cuanto a la incurabilidad de las lesiones, considera que es imposible tener certeza absoluta respecto a la incurabilidad de la lesión, y por ello, es suficiente que la enfermedad producida sea considerada incurable basado en la experiencia. Nuestra víctima, Chloe, creyó que sus padecimientos y patologías eran incurables,

<sup>39</sup> [https://www.youtube.com/watch?v=oZMPvPfk9WY&ab\\_channel=Coraz%C3%B3nFilms](https://www.youtube.com/watch?v=oZMPvPfk9WY&ab_channel=Coraz%C3%B3nFilms)

debido al conocimiento construido en base a la información obtenida de su madre respecto de su situación.

Es de destacar, el hecho de que mientras se le administren las drogas, la enfermedad persistiría y, por lo tanto, podría ser considerada como una lesión gravísima.

A medida que avanza la trama, nuestra protagonista comienza a rehusarse a consumir las pastillas que le provee su madre, comienza a sentir cambios en su organismo, empezando a sentir estímulos en sus miembros inferiores. Paralelamente, la relación entre ellas comienza a debilitarse debido a la sombra de sospechas y desconfianza que se generó a partir de los mencionados descubrimientos. En este contexto, Chloe decide con tenacidad escapar de su hogar mientras su madre no se encontraba en casa. Debido a que fue encerrada en su habitación, sale a través de su ventana reptando por los techos con la intención de llegar a la habitación contigua y poder utilizar el teléfono para denunciar su situación. Sin embargo, una vez que consigue llegar a la misma, descubre que la madre había previsto la posibilidad de un escape y había tomado medidas para evitarlo.

A lo largo del film, se nos muestra que, al haber dejado de consumir los medicamentos, el personaje principal ha podido recuperar su estado de salud, aunque no completamente. Existe una disminución en su capacidad para utilizar sus extremidades inferiores que, en palabras de la protagonista, podría persistir aun si realizara los ejercicios de fisioterapia necesarios, por el resto de su vida. En este caso, al tratarse de una disminución y no de una pérdida absoluta, podríamos considerar una mutación de los hechos, que encajaría con el tipo penal más leve, conocido como lesiones graves.

De esta manera, expresa Eduardo A. Donna<sup>40</sup>, que la enfermedad persiste y por lo tanto, no estaría curada, mientras subsista el proceso patológico activo que la constituye, pero en este caso, no es la actividad la que subsiste sino solo las secuelas patológicas acarreadas por el mismo, y por ello, desde el enfoque del autor, constituirían lesiones graves.

Siguiendo a Andres J Dalessio y a su obra (2004)<sup>41</sup>, debemos aclarar que en las lesiones contempladas en el art. 90 y en el art. 91, tienen lugar dos hechos fácticos distintos. En el primer caso, existe un debilitamiento, mientras que en el segundo -el que nos compete- existe una pérdida definitiva de una función vital, de un sentido o de una capacidad.

Igualmente, y con el final abierto que propone el director, podemos especular que la situación de la madre podría encajar también en la figura delictiva de estudio, ya que se presume su perdurabilidad en el tiempo indefinidamente.

Habiendo expuesto los elementos objetivos del tipo, debemos hacer mención respecto al elemento de tipo subjetivo.

Unánimemente la doctrina sostiene que estamos frente a un tipo subjetivo doloso, que abarca no solo a las lesiones contempladas en el art 91 sino también a las precedentes en los artículos 89 y 90, describiendo el tipo culposo en un artículo autónomo (art 94 de nuestro Código Penal).

<sup>40</sup> Eduardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Editorial Rubiznal- Culzoni. [https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/derecho\\_penal\\_parte\\_especial\\_ti.pdf](https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/derecho_penal_parte_especial_ti.pdf)

<sup>41</sup> D' Alessio, Andres José. (2004). Editorial "La Ley". Código Penal Comentado y Anotado. Tomo II.



El dolo de las lesiones no requiere una forma particular, por lo que es apto tanto el dolo directo como indirecto o eventual. Sin embargo, es fundamental determinar la intención al momento de llevar a cabo la conducta lesiva, ya que este factor nos determinará si nos encontramos frente a un supuesto consumado o en tentativa.

En el caso de la película ya descrita, esta ambigüedad se manifiesta claramente, ya que, si consideramos que la intención de la madre al momento de suministrarle a su hija las drogas incapacitantes era provocar una consecuencia negativa de carácter permanente o definitiva en las funciones orgánicas del cuerpo o la salud para generar una dependencia constante, estaríamos frente a un caso de tentativa de lesiones gravísimas.

Esto es así, ya que la víctima logró recuperar parcialmente su salud y la funcionalidad motriz de sus partes inferiores al dejar de consumir los medicamentos. Asimismo, como nunca podrá recuperar totalmente su potencial funcional, se podría considerar la consumación del tipo penal de lesiones graves.

Con respecto a los sujetos plausibles de esta figura penal, es dable destacar que estamos frente a una figura de *delicta comunia*, esto quiere decir que no se realiza una diferenciación en las cualidades del sujeto para llevar a cabo este delito. En consecuencia, es sujeto activo y/o pasivo del delito de lesiones gravísimas cualquier persona.

Finalizando el capítulo que nos reúne en esta oportunidad, resulta dable destacar que la variedad de películas, series, géneros y tramas elegidas intenta interiorizar al lector en el conocimiento del tipo penal descrito, y demostrarle cómo el cine (*Séptimo Arte*) está íntimamente relacionado y conectado con el Derecho Penal.

## Bibliografía

- Buompadre, Jorge Eduardo (2018). Derecho Penal, Parte Especial. Editorial ConTexto.
- Código Penal Argentino. (<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>)
- Código Penal Comentado de libre acceso Asociación Pensamiento Penal- Cortazar, Maria Graciela. (<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37780.pdf>)
- Código Penal Comentado y Anotado. Tomo II. D' Alessio, Andres José. (2004). Editorial "La Ley".
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Derecho a la Integridad Personal.
- Donna, Eduardo Alberto Donna. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I. Editorial Rubiznal-Culzoni.
- ([https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/derecho\\_penal\\_parte\\_especial\\_ti.pdf](https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/derecho_penal_parte_especial_ti.pdf))
- Fontán Balestra, Carlos. (2008). *Derecho Penal, Parte Especial*.

## CAPÍTULO 7

### El artículo 92 del Código Penal en el cine

*Jonathan Robert*

Continuando con la temática iniciada, se advierte la amplia finalidad –eminentemente práctica- al llevar adelante el análisis de un tipo penal desde el punto de vista jurídico, pero complementado con las bondades propias del Séptimo Arte –teniendo en cuenta la diversidad de géneros escogidos por escritores, directores y productores, los cuales luego son llevados a la pantalla grande, y que permiten su utilización con una finalidad diversa a la tenida en miras por aquellos al momento de concebirse un film-.

Partiendo de la utilidad pedagógica y práctica ya acreditada, la cual supo verse traducida en el desarrollo de los elementos de una figura penal -bien jurídico protegido, conducta, elementos objetivos y subjetivos del tipo, entre otros- y su visualización en una reproducción cinematográfica donde se aprecie como se lleva adelante una conducta con relevancia penal, deviene oportuno entonces continuar con el desarrollo de contenidos jurídicos, complementados con las bondades propias de aquella rama del arte.-

Es de destacarse que en el camino emprendido bien pueden ser utilizadas películas de los diversos géneros –acción, aventuras, ciencia ficción, drama, etc.-, ya que la utilidad práctica de las mismas no se reduce a uno en particular, sino que todos pueden aportar situaciones que se ven traducidas en la infracción a una norma con relevancia penal.-

Al realizar una primera lectura del precepto en estudio –art. 92 del Código Penal-, puede apreciarse que se encuentra redactado de la siguiente forma:

Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80, la pena será: en el caso del artículo 89, de seis meses a dos años; en el caso del artículo 90, de tres a diez años; y en el caso del artículo 91, de tres a quince años.

El mismo contempla situaciones que agravan las penas de las figuras básicas previstas en los artículos enumerados, siendo el caso de las lesiones leves, graves y gravísimas respectivamente. -

Lesionar es entendido como causarle a otro, un daño en el cuerpo o la salud, siendo ella la conducta típica; la entidad de ese daño es lo que ha motivado al Legislador contemplar tres supuestos diversos dependiendo de la gravedad y alcances del mismo –enumerándolos-, ello como resultado del obrar desplegado por el sujeto activo. En todos los supuestos tendrá que

poder objetivarse ese daño en el cuerpo o la salud, de lo contrario, por más que pueda existir una agresión hacia otro, la misma devendrá atípica en orden a las mencionadas figuras. -

La agravante prevista en el artículo se basa en la concurrencia de las circunstancias que califican la figura –básica- del homicidio; es de destacar que solo se aplicarán en el caso de las lesiones dolosas –ya sea que se haga presente el dolo directo, o eventual-, quedando excluidas aquellas que sean consecuencia de un obrar negligente o imprudente por parte del sujeto activo -pese a que puedan concurrir alguna de las circunstancias previstas en la letra del artículo 80 del Código Penal-.

De esta forma, en el inciso primero encontramos las agravantes que reposan en el “vínculo” existente entre los sujetos del delito –“...*A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia...*”, lo cual da la pauta de la calidad especial que tendrán que tener quienes hagan las veces de agresor como de ofendido -por la conducta típica. -

Siguiendo la enumeración del precepto se contempla como la primera de las situaciones a aquella en la cual se lesiona a “...*su ascendiente...*”, dando ello la pauta de un vínculo familiar entre los sujetos, predicándose ello también en la segunda al establecer a su “...*descendiente...*”. Las situaciones previstas en la norma supieron ser reflejadas en la pantalla grande; así, debe traerse a colación la película *El Clan*<sup>42</sup> –fruto de la industria nacional, y dirigida por Pablo Trapero- en la cual se cuenta la trama -de carácter policial- vinculada al “Clan Puccio” el cual estaba encabezado por su jefe Arquímedes Puccio –Guillermo Francella- el cual contaba con la participación -entre otros- de su hijo, Alejandro Puccio –Peter Lanzani-. En la misma se narran los secuestros, extorsiones y posteriores homicidios llevados adelante a principio de los años 80 en el coqueto barrio de San Isidro. En un pasaje del film puede observarse como luego de una discusión entre Alejandro y Arquímedes –siendo el segundo quien la provoca, encontrándose ambos dentro de un calabozo policial-, Alejandro de forma brutal comienza a agredir a su padre mediante golpes de puño ocasionándole diversas lesiones en el rostro. -

Vinculada a la segunda de las agravantes mencionadas encontramos el largometraje “Cinema Paradiso” –o Nuovo Cinema Paradiso-<sup>43</sup> fruto de la industria cinematográfica italiana de los años 80; ambientada en los años de la pos guerra –Segunda Guerra Mundial- en un pequeño pueblo del Sur de Italia -Giancaldo, Sicilia- cuenta la vida de Salvatore Di Vita, más conocido como “Toto” –encarnado en la infancia por Salvatore Cascio, y luego por diversos actores en el transcurso del film- un joven de siete años que sin saberlo ha perdido a su padre en la guerra, y quien verá su vida ceñida por la cinematografía en el Cinema Paradiso –recinto de encuentro del pequeño poblado-. Merced a una imprudencia del niño Toto –al guardar fracciones de cintas en su hogar, provocando un incendio parcial en su vivienda, y poniendo en riesgo la vida de su pequeño hermano-, al regresar el mismo es agredido por su madre, María Di Vita –Antonella Attili- mediante golpes en distintas partes de su cuerpo. -

<sup>42</sup> El film fue estrenado en las salas nacionales en el año 2015.-

<sup>43</sup> El largometraje supo ser estrenado en Italia en el año 1988, obteniendo al año siguiente el premio Óscar a la mejor película de habla no inglesa. -

Las restantes situaciones que contempla la norma exigen que las lesiones sean causadas a su “...cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia...”; tornando nuevamente la mirada hacia la industria nacional encontramos *Carlos Monzón, el segundo juicio*<sup>44</sup>, producción que documentó distintos pasajes de la vida del ex boxeador Carlos Monzón –encarnado por José Luis Alfonzo-, siendo el eje, los sucesos acaecidos en la ciudad de Mar del Plata –el día 14 de febrero del año 1988-, que se cobraran la vida de quien fuera su mujer, Alba Alicia Muñiz Calatayud –protagonizada por Carola Reyna-, y por los cuales el púgil resultara condenado por la justicia marplatense a la pena de once años de prisión en el año 1989. A lo largo del film se advierten escenas en las cuales Monzón despliega conductas agresivas hacia su pareja –mediante vías de hecho, golpes- las cuales ocasionan diversas lesiones –ello sin pasar por alto el desenlace fatal que culminara con la vida de su ex cónyuge-.

En el segundo inciso encontramos las agravantes por “el modo de comisión” de las lesiones, esto es “...Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso...”; el primero de ellos “...consiste en aumentar deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido...” (Dalessio, 2004, pág. 10)<sup>45</sup> en el caso en tratamiento mediante la producción de lesiones en el sujeto pasivo.

Respecto a la misma debe traerse a colación el film *Erase una vez en Hollywood -Once Upon a Time in Hollywood*<sup>46</sup> donde se narra –entre otros- la vida de Rick Dalton –Leonardo DiCaprio- un actor venido a menos y la de su amigo y doble de acción Cliff Booth –Brad Pitt- en la ciudad de Los Ángeles –E.E.U.U.- a finales de los años 60; en la etapa final del film puede observarse como un grupo de tres personas –dos del sexo femenino y la restante del sexo masculino- ingresan intempestivamente –con un arma de fuego y dos cuchillas- en horas de la madrugada en la vivienda de Rick –quien se encuentra en la pileta, en estado de ebriedad, escuchando música-, mientras que Cliff estaba en el comedor por alimentar a su mascota. Luego de ello, se produce una pelea entre los antes mencionados y Cliff; luego de recibir una herida con un arma blanca en la cadera por parte de una femenina, la ataca, golpeándole la cabeza treces veces –contra un teléfono, la pared, un cuadro, la chimenea, y una mesa-. El obrar de Cliff da cuenta de la configuración de los aspectos de figuración en la norma.

La alevosía supo ser caracterizada por Creus afirmando que “...obrar a traición y sobre seguro, describe con bastante precisión los alcances de la alevosía en nuestro derecho, si es que por traición se entiende el aprovechamiento de la indefensión de la víctima y sobre seguro la intención del agente de obrar sin riesgos para sí...” (1998, pp 19/20). En sus palabras se resumen los elementos necesarios para la configuración de la agravante; en la especie, implica causar una lesión al sujeto pasivo –a traición y sobre seguro-.

<sup>44</sup> Perteneciente al género dramático –documental-, se dio a conocer en las salas nacionales en el año 1996, y narra los avatares del juicio que culminó con la condena de Carlos Monzón por el delito de homicidio. Es de destacarse que a la fecha del hecho no se encontraba vigente el texto actual del art. 80 del Código Penal, de ahí la condena a una pena de prisión –once años- diversa a la perpetua como rige en la actualidad. -

<sup>45</sup> Código Penal, Comentado y Anotado –Parte Especial-, Andrés J. Dalessio –Dir.- y Mauro A. Divito –Coord-, La Ley, Buenos Aires, 2004, 10.-

<sup>46</sup> Película estadounidense de comedia dramática, escrita y dirigida por Quentin Tarantino, la cual supo ser estrenada en las salas en el año 2019.-

En la película *Duro de matar 4.0 -Live Free or Die Hard*<sup>47</sup> encontramos nuevamente al detective John McClane –Bruce Willis-, en esta oportunidad teniendo que enfrentar a un despiadado Hacker, llamado Thomas Gabriel -Timothy Olyphant- y su grupo armado, quienes intentan apoderarse de la información financiera de los E.E.U.U. –ello por haber sido desplazado de su cargo en la inteligencia norteamericana-; MacClane cuenta con la colaboración de Matthew –Matt- Farrell -Justin Long- un hacker que supo ser engañado por *Gabriel*. En un transcurso del film, McClane se encuentra en lucha con la igualmente despiadada novia de Gabriel –en el hueco de un ascensor, donde el detective estrelló una camioneta- y un secuaz de la misma desde la puerta de acceso –en altura- le efectúa disparos con una pistola; en ese momento, *Matt*, de forma sigilosa y segura golpea al secuaz por la espalda –mediante el empleo de un caño de gran tamaño- provocando que este caiga por el hueco y se incruste en la camioneta donde se desarrolla la lucha entre los antes mencionados.

Al referirse la norma a causar lesiones mediante “...veneno u otro procedimiento insidioso...” hace referencia a la utilización de “Sustancia que, introducida en un ser vivo, es capaz de producir graves alteraciones funcionales e incluso la muerte”<sup>48</sup>; pero no basta con la utilización de dicha sustancia, sino que la misma tiene que haber sido suministrada de forma insidiosa, es decir, de forma oculta –sin que dicha conducta sea percibida, o esperada por la víctima-. En palabras de Creus “...es procedimiento insidioso todo aquel que, sin constituir administración de veneno, implica un engaño o artificio que no permite a la víctima conocer su dañosidad. Hay, pues, un “ocultamiento material” (Núñez)...” (1998, pág. 23)

Por su parte en el tercer inciso se hallan las agravantes circunscriptas “...Por precio o promesa remuneratoria...”, es decir, por una motivación –enmarcada en un ánimo de lucro-, y en el supuesto, da la pauta de un pacto celebrado entre un sujeto –autor intelectual del ataque-, y quien en definitiva llevará adelante la conducta descrita en el rol activo exigido por el tipo penal –con el consecuente daño en el cuerpo o la salud de la víctima-. Ese pacto es de orden económico, no siendo necesario el cumplimiento el mismo, más sí que exista y sea la motivación que fundamente la agresión.

Dicha motivación, materializada en la pantalla grande la podemos observar en *La Gran Estafa -Ocean’s Eleven*<sup>49</sup> protagonizada George Clooney –Dany Ocean-, Brad Pitt –Rusty Ryan-, Matt Damon -Linus Caldwell-, Andy García –Terry Benedic- y Julia Roberts –Tess-; la trama de la misma radica en la realización de un robo de forma organizada –pese al nombre escogido por la cinematografía para resumir la trama- en la ciudad de Las Vegas –E.E.U.U.- a tres casinos propiedad de Terry Benedic. En un pasaje de la trama Dany es conducido por personal de seguridad del casino –Belaggio- a un cuarto dentro del mismo, y al cabo de unos minutos ingresa Bruiser –Scott L. Schwartz- quien a las claras resulta ser un golpeador contratado por Terry para que le propine una paliza a Dany, lanzándole un golpe de puño en el

<sup>47</sup> Es una película estadounidense-británica, del género acción, dirigida por Len Wiseman y estrenada en las salas en el año 2007, siendo la cuarta entrega de la saga “Duro de Matar” o “Die Hard”.-

<sup>48</sup> Diccionario de la Real Academia Española –puede consultarse en <https://dle.rae.es/veneno%20?m=form>-

<sup>49</sup> Película estadounidense de acción y comedia estrenada en 2001, dirigida por Steven Soderbergh, siendo una remake de la película homónima de 1960 dirigida por Lewis Milestone.-

rostro a poco de ingresar al cuarto donde este se encontraba –evidenciándose de esta forma la celebración de un pacto para desarrollar la acción típica.

La existencia de un pacto –de orden económico- puede verse también reflejado en la película *Karate Kid III: el desafío final -The Karate Kid Part III*-<sup>50</sup>; la misma es la última parte de una trilogía centrada en la vida de Daniel Larusso -Ralph Macchio- estudiante de karate y del Sr. Miyagi -Noriyuki Morita-, su mítico maestro oriental, ambientada en la ciudad de Los Ángeles –E.E.U.U.- a fines de los años 80. En los comienzos del film se puede apreciar como Terry Silver -Thomas Ian Griffith- y su amigo Sensei John Kreese -Martin Kove- planean una venganza contra Daniel para lo cual el primero –un excéntrico y sin escrúpulos millonario- contrata los servicios de Mike Barnes -Sean Kanan- también conocido como “el chico malo del karate” para que hostigue a Daniel, lo fuerce a competir nuevamente en el torneo de karate -del valle- y lo venza en el mismo –todo ello a cambio de un porcentaje de las ganancias de los dojos de karate de Terry-. En diversos pasajes del film se puede apreciar como Mike Barnes –junto a otros secuaces- en cumplimiento del pacto celebrado hostiga y golpea a Daniel tal lo acordado en un primer momento; la trama del film representa claramente los elementos exigidos por el tipo penal.

En el cuarto inciso se hallan las agravantes motivadas “...*Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión...*”, en lo relativo a los conceptos de figuración en el texto legal –y su extensión- corresponde remitirse al excelente desarrollo esbozado por el profesor Edgardo Horacio Salatino en la obra “Cine y Derecho Penal. Delitos en el Séptimo Arte”. (Vitale –coord-, 2022, págs., 451)<sup>51</sup>.

De un análisis al film *El último Boy Scout -The Last Boy Scout*-<sup>52</sup> podemos observar diversas escenas en las cuales se despliegan conductas enmarcadas en la norma, y movilizadas por el placer. La historia –acción y policial- se desarrolla en la ciudad de Los Ángeles –E.E.U.U.- a principios de los años noventa y tiene como protagonista a Joe Hallenbeck -Bruce Willis- un detective privado que se encuentra afrontando conflictos familiares y un alcoholismo incipiente, se ve enredado junto al ex jugador y estrella del fútbol americano Jimmy Dix -Damon Wayans- en una trama signada por la corrupción y apuestas ilegales en torno a eventos deportivos. En un pasaje de la misma se puede observar como Joe Hallenbeck es secuestrado, y al solicitarle un cigarrillo a uno de sus captores, luego de que se lo dan, el mismo, sin mediar palabra lo golpea en el rostro –demostrándose en las escenas el regocijo que ello le causa al desplegar la conducta típica, al punto de repetir dicha conducta-.

Otro de los supuestos enmarcados en la norma lo podemos encontrar en la película *Mississippi en llamas - Mississippi Burning*-<sup>53</sup> la cual está basada en una historia real ocurrida en los Estados Unidos en el pequeño pueblo sureño de Jessup –en el año 1964-, localidad en la cual imperaba fuertemente el racismo entre sus habitantes, y del cual desaparecen tres

<sup>50</sup> Film de origen estadounidense estrenado en el año 1989, y dirigida por John G. Avildsen; la misma es una secuela de *Karate Kid*, *Karate Kid II*.-

<sup>51</sup> Cine y Derecho Penal. Delitos en el Séptimo Arte, Gabriel M. Vitale (coord.), Edulp, 2022, 46/51.-

<sup>52</sup> Película estadounidense, del género dramático, estrenada en el año 1991, dirigida por Tony Scott.-

<sup>53</sup> Película estadounidense dramática de 1988, dirigida por Alan Parker, inspirada en una historia real y en la cual se narra el asesinato de activistas pro derechos civiles ocurrido en dicho estado en el año 1964.-

activistas que bregaban por los derechos civiles de las personas –siendo dos de ellos judío de raza blanca y el tercero afrodescendiente-. A consecuencia de su desaparición el F.B.I. envía a dos investigadores a la pequeña localidad, siendo ellos Rupert Anderson -Gene Hackman- y Alan Ward -Willem Dafoe-; en el desarrollo del film se puede observar diversas agresiones físicas hacia personas de descendencia afroamericana, los cuales encuentran su razón de ser en el odio racial de los atacantes –integrantes en su mayoría del Ku Klux Klan- merced al color de piel de sus víctimas.

Las agravantes de odio racial y religioso –traducidas en ataques hacia hombres y mujeres sin distinción de edades, pero fundamentadas en dichas circunstancias- también afloran en el devenir de la película *Hotel Rwanda*<sup>54</sup> en la cual se describen los avatares ocurridos –entre otros- en la ciudad de Kigali –Ruanda- en el año 1994 –ambientando la masacre civil llevada adelante por los integrantes de la etnia “Utus” hacia los de la etnia “Tutsi” hasta ese momento gobernando el país africano-. El film se centra en Paul Rusesabagina -Don Cheadle- quien en su rol de gerente del Hotel des Mille Collines, y como pese a ser “Utus” alojó e intentó proteger a miembros de todas las etnias locales, e incluso extranjeros en las instalaciones del hotel –de ahí el nombre de la producción cinematográfica-; desde el comienzo se reflejaron distintas agresiones basadas en el odio racial y religioso desde integrantes “Utus” hacia los “Tutsi”.-

En el quinto inciso se encuentra la agravante circunscripta por la forma como se busca obtener el resultado lesivo, en la especie, “...*Por un medio idóneo para crear un peligro común...*”; respecto de ello siempre es oportuno recordar la idoneidad del medio escogido –para provocar lesiones en el sujeto pasivo, pudiendo mencionarse aquellos de figuración en el art. 186 del Código Penal, enmarcados en el Título VII de los ‘Delitos contra la Seguridad Pública’-, que ese peligro sea indeterminado para otras personas como sus bienes –es decir, sin contar con otro destinatario directo de la conducta lesiva-, no siendo necesario su materialización, más si su probabilidad.-

Vinculada a la misma y sus alcances encontramos la producción nacional “No habrá más penas ni olvido”<sup>55</sup> protagonizada por un gran elenco nacional, entre los cuales cabe mencionarse a Don Ignacio Fuentes, Delegado Municipal de Colonia Vela –Federico Luppi-, Reinaldo, Secretario gremial (CGT) –Víctor Laplace-, Suprino, Jefe local del Partido Justicialista –Héctor Bidon-, Comisario Rubén Llanos –Rodolfo Ranni-, Juan, Preso de la Comisaría local –Miguel Ángel Solá-, Agente García de la Policial –Julio de Grazia-, Guglielmini, Intendente de Colonia Vela –Lautaro Murúa-, Cerviño, Fumigador del Pueblo –Ulises Dumont- entre otros. La trama se desarrolla en la localidad –ficticia- de Colonia Vela –pequeño poblado de la República Argentina-, en los tormentosos años 70, siendo la urbe el escenario de una confrontación entre militantes peronistas de izquierda y de derecha, conmocionando a la población local, no sin dejar heridos y fallecidos en ambos bandos.

Así y luego de unos de los enfrentamientos –armados- producidos en la plaza del pueblo entre las facciones antagónicas, Reinaldo se dirige a la sede la de CGT, ingresando a la

<sup>54</sup>Película de origen británico, del género dramático estrenada en el año 2004, dirigida por Terry George, coescrita junto a Keir Pearson en la cual se narra la masacre ocurrida en Ruanda en el año 1994.-

<sup>55</sup>Producción de origen nacional, del género comedia dramática dirigida por Hector Olivera, la cual supo ser estrenada en el año 1983 –basada en la obra literaria del mismo nombre escrita por Osvaldo Soriano-.

misma; al cabo de unos minutos partidarios de Guglielmini –previo observar hacia el interior- colocan un explosivo en la puerta del local sindical, produciéndose una explosión –ello en un claro anhelo de causar lesiones al antes nombrado, y de incriminar al otro bando- ocasionando la situación enmarcada por la norma –sin perjuicio del ulterior resultado evidenciado en el film-.

En el sexto inciso se halla la agravante “...*Con el concurso premeditado de dos o más personas...*” la cual encuentra su razón de ser en la pluralidad de sujetos –activos- que desarrollarán la conducta típica –debiendo ser un mínimo de tres tal la redacción del precepto-, implicando ello una mayor desprotección hacia la víctima. De la mano de ello se encontrará el acuerdo necesario celebrado entre los participantes para llevar adelante la conducta lesiva, es decir, que deben haberse puesto de acuerdo en celebrarla de una forma determinada, aunque sea momentos previos a su despliegue –dando ello la pauta que la mera participación de sujetos no basta para la configuración de la agravante-.

Una clara representación fílmica de dicha agravante la encontramos en la película *The Warriors*<sup>56</sup> ambientada en la ciudad de New York a fines de los años 70 y donde se describe la proliferación de las pandillas callejeras en su territorio por aquellos años. Luego de una fallida reunión entre las mismas –donde asesinan a Cyrus, convocante y líder de los “Riff”- todas ellas van tras los integrantes de los Warriors –a quienes responsabilizan, falsamente, por el asesinato del mítico líder-. En el correr de la película se puede ver de forma reiterada ataques y enfrentamientos organizados por pluralidad de pandilleros –siempre en número superior a tres- para poder lesionar a miembros de los Warriors y llevarlos –con vida- ante los Riff –todo ello antes de que logren regresar a su territorio en Coney Island, extremo sur del distrito de Brooklyn-.

En la película *Torrente, el brazo tonto de la ley*<sup>57</sup> vemos representada nuevamente la figura penal; la misma se centra en el personaje de “Torrente” –Santiago Segura- quien resulta ser un ex policía nacional –sumido en los vicios, siendo de personalidad machista y fascista- aparentando, ante la comunidad española, su todavía pertenencia a las fuerzas de seguridad –ambientada en España a finales de los años 90-. En el comienzo del film se puede observar a Torrente circular en su vehículo –escuchando la letra de “Apatrullando la ciudad”- recorriendo la noche; en uno de los pasajes hacia donde torna la mirada Torrente advierte como un grupo organizado de repartidores –en un número superior a tres, y a bordo de sus motocicletas- atacan a un grupo de personas que se encontraban en la puerta de una galería –ello mediante la utilización de una de las motocicletas, golpes de puño, e incluso patadas-.

En el séptimo inciso del artículo 80 del Código Penal se encuentra establecida la agravante denominada “*criminis causa*” –ello merced a la conexión final o causal que la vincula a otro delito-, redactada de la siguiente forma “...*Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para si o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito...*”. En ese entendimiento las lesiones tendrán que estar necesariamente vinculadas a otro delito –conforme los alcances descriptos por la norma-.

<sup>56</sup> The Warriors es una película estadounidense de acción, estrenada en el año 1979 dirigida por Walter Hill y basada en la novela homónima de Sol Yurick. -

<sup>57</sup> Película española, del género comedia fue dirigida, escrita y protagonizada por Santiago Segura, siendo producida por Lolafilms y estrenada en el año 1998 –siendo la más taquillera en ese país en el año de su estreno-.



De esta forma el sujeto activo desplegará su accionar –lesiones- en alguna de las situaciones previstas respecto de uno o más sujetos pasivos. -

En la película *La Leyenda de Tarzán -The Legend of Tarzan*<sup>58</sup> se puede ver como John Clayton III –también conocido como Tarzan- (Alexander Skarsgård) regresa engañado al Congo Belga; mientras se encontraba visitando a una tribu amiga es atacado a golpes hasta quedar inmovilizado –ello para poder anular su gran fuerza física-. Luego de ello es tomado prisionero por el capitán Leon Rom -Christoph Waltz- cuya intención es entregar a Tarzan al jefe de una tribu africana –para que este pueda vengar la muerte de su hijo- a cambio de un cofre lleno de diamantes. Del contexto de la escena, y el guion de la película se puede apreciar como el ataque a Tarzan tenía como finalidad preparar la consumación de otro delito, como lo era tomarlo como prisionero y posterior objeto de intercambio.

Por su parte el inciso octavo prevé una agravante vinculada a la condición del sujeto activo, estableciendo que “...A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición...”; es de destacarse que conforme la redacción de la norma la víctima de dicha conducta tendrá que revestir necesariamente la condición de integrante –y en actividad- de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias. Asimismo, la agresión tendrá que estar fundamentada en la mentada condición del sujeto pasivo –siendo indiferente a los efectos penales que se encuentre o no, uniformado-.

Tornando la mirada a la pantalla grande encontramos el film “Chips”<sup>59</sup> –siendo la misma una remake de la serie original de televisión “Chips patrulla motorizada” proyectada entre fines de los años 70 y comienzo de los 80- el cual gira en torno a dos efectivos policiales de la Patrulla de Caminos de California, siendo ellos los oficiales Jon Baker –Dax Shepard- y Frank “Ponch” Poncherello -Michael Peña- quienes se encuentran investigando diversos robos acaecidos en el ámbito de incumbencia de la Patrulla de Caminos. En una de las escenas, donde realizan una persecución de otro efectivo policial inmiscuido en los robos, se puede ver como este golpea con una camioneta de gran porte –directamente- a “Jon” ocasionándole una caída de su motocicleta, sufriendo lesiones –todo ello ante la mirada atónita de su compañero Ponch-. En la escena se ve representada claramente la agresión prevista en la norma, y como la misma fue fundada en la condición de efectivo policial en actividad de “Jon”.

El supuesto previsto en el inciso noveno contempla una agravante descripta de la siguiente forma “...Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario...” dando ello la pauta de la condición que deberá revestir el sujeto activo, a la vez de tener que encontrarse en actividad al momento de desplegar la conducta lesiva –y que la misma se fruto de un abuso funcional-.

Vinculada a la temática, y centrando la mirada en el género de acción se encuentra la película *Furia Salvaje -Out For Justice*<sup>60</sup> protagonizada por Steven Segal quien en la misma

<sup>58</sup> Película estadounidense, del género acción, dirigida por David Yates, estrenada en el año 2016 -basada en el personaje de ficción Tarzán, creado por Edgar Rice Burroughs-.

<sup>59</sup> Película de origen estadounidense, del género acción y comedia, escrita, dirigida y protagonizada por Dax Shepard, la cual supo ser estrenada en las salas en el año 2017.-

<sup>60</sup> Película de origen estadounidense, del género acción, dirigida por John Flynn y estrenada en las salas en el año 1991.-

encarna a “Gino Felino” un policía duro del estado de New York oriundo y domiciliado en Brooklyn –quien desempeña su labor policial basándose en los códigos del barrio donde se crió-. La trama se centra en el asesinato de su compañero “Bobby Lupo” –Jose Spataro- a manos de otro vecino de Brooklyn, el matón, traficante y adicto a los estupefacientes “Richie Madano” –William Forsythe-; lo ocurrido desata en Gino en una furia desmedida –ya que el homicidio fue cometido ante las hijas de Bobby y su esposa, a plena luz del día- motivando que el nombrado inicie una cacería para tratar de atrapar a Richie y hacer justicia por mano propia. En un pasaje del film Gino ingresa al bar del hermano de Richie –llamado Vinie- tratando obtener información respecto del paradero de aquél y averiguar la razón del acto criminal del que fue víctima su compañero; ante la negativa de brindar información por parte de los presentes, Gino comienza a incitarlos a pelear, a la vez de golpearlos –ello en un claro acto de abuso funcional-causándoles diversas lesiones.

Otro film donde se encuentra abordada la agravante en estudio es *Golpe bajo: el juego final* –*The Longest Yard*<sup>61</sup> la cual supo ser estelarizada por Adam Sandler quien personifica a “Paul Crewe” ex quarterback de fútbol americano de Tennessee –E.E.U.U.-, quien luego de incumplir las condiciones impuestas al otorgársele la libertad condicional –merced a un hecho de apuestas ilícitas cometido en sus años de deportista profesional- es conducido a una prisión del estado de Texas; en el camión de traslado de detenidos es agredido por uno de los guardias penitenciarios que lo escoltaba, golpeándolo en primer término con una escopeta en la zona del abdomen, y luego, cuando Paul se disponía a bajar del ómnibus, mediante una patada que ocasiona que caiga del mismo –de espalda y esposado al frente-, todo ello en un exceso en su atribuciones de guardia penitenciario –en actividad e uniformado-. Luego de ello, el nombrado es víctima de diversas agresiones dispensadas por el “Capitán Knauer” –William Fichtner- quien intenta que Paul no se entrometa en el equipo de fútbol americano de la prisión y conformado por guardias de la misma.

En el inciso décimo puede leerse la agravante que establece que

(...) A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas...”; sobre el tópico se ha expresado que “...Con la sanción de la Ley 26.394, se deroga el Código de Justicia Militar y se renuncia a la jurisdicción militar en tiempos de paz, extendiendo la competencia y jurisdicción de la justicia común para con el personal militar. En este sentido, se elimina la pena de muerte, se incorporan delitos militares al Código Penal como el caso que nos ocupa y se estructura el régimen disciplinario militar. (Vitale –coord., 2022, pág. 26).

Lo expuesto da razón de ser a la agravante incorporada al Código Penal; de su lectura se desprende que las lesiones tendrán que ser causadas a un militar –superior jerárquico- por parte de un subordinado –el cual tendrá que revestir también en la milicia- en las situaciones

<sup>61</sup> Película de origen estadounidense, del género comedia, dirigida por Peter Segal, y estrenada en las salas en el año 2005 –basada en la película homónima de 1974-.

descriptas por la norma –“...*frente a enemigo o tropa formada con armas...*”. Ello da la pauta de la calidad especial tanto en el sujeto activo como en el pasivo, y la agravante encuentra su razón de ser –amen del daño en el cuerpo o en la salud-

(...) en una negativa influencia sobre los demás integrantes de la fuerza y la observancia de las órdenes de mando, o sea, que la agravante contempla la grave falta de disciplina, la insubordinación, el desgobierno, el riesgo para el cumplimiento de las órdenes impartidas por la superioridad en miras a objetivos más amplios...”. (Vitale –coord-, 2022, pág. 97)

Para una mayor comprensión de lo que ello implica –disciplina militar, y acatamiento de las órdenes- bien puede tornarse la mirada a la película *Los doce del patíbulo -The Dirty Dozen*<sup>62</sup>; la misma se encuentra ambientada en el transcurso de la Segunda Guerra Mundial, y en la misión encomendada al “mayor Reisman” -Lee Marvin- oficial del ejército de los E.E.U.U. –experto en sabotaje- quien deberá convertir a doce militares condenados –a muerte algunos, y otros a largas condenas de prisión- en un cuerpo de elite para llevar adelante una operación suicida: la matanza de oficiales Nazis –en una mansión en Rennes, Francia- donde estos concurren habitualmente por motivos de esparcimiento.

Al comenzar el film el “mayor Reisman” se dirige a la prisión donde los nuevos reclutas se encuentran aojados solicitando que los mismos se formen –y realicen distintos tipos de actos propios de una fuerza castrense-; uno de ellos decide no acatar la orden –el número once, entre risas y aduciendo un dolor, recordando a los presentes que los condenados a muerte no deben marchar- el mayor lo intima a que lo haga dándole la espalda al número once, quien intenta golpearlo –delante del resto de los reclusos-, siendo reducido por el superior y ordenando que sea enviado a su celda.

Ello da la pauta de la importancia de la disciplina militar –y el acatamiento de las órdenes dispuestas en la cadena de mando-, pese a que en el largometraje no se logra lesionar al “mayor Reisman”.

En el inciso decimoprimer se encuentra contemplada la agravante circunscripta por la violencia de género, al establecer “...*A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediar violencia de género...*” estableciendo la norma que el sujeto pasivo tendrá que ser una mujer, mientras que el activo lo será un hombre. Asimismo las lesiones tendrán que estar enmarcadas en un contexto de violencia de género<sup>63</sup>.

Retomando el film *Torrente, el brazo tonto de la ley*, se puede observar como al inicio del mismo –mientras Torrente recorre en su automóvil la noche española- como un masculino discute con una femenina -a la cual conoce-, para luego de ello darle un golpe con su mano, y

<sup>62</sup> Película estadounidense del género bélico, dirigida por Robert Aldrich<sup>1</sup>, estrenada en las salas en el año 1966 y basada en la novela del escritor Erwin Nathanson. -

<sup>63</sup> Contexto que surge de analizar la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (CEDAW), la “Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” (Convención de Belem do Pará) y la Ley 26.485 “de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”. -

posteriormente efectuarle un corte con una navaja en la zona del rostro –siendo que otras mujeres que se encontraban reprochan ello al agresor-.

Haciendo lo propio con la película *Furia Salvaje -Out For Justice-* puede apreciarse como mientras Gino se encontraba realizando tareas de vigilancia desde un vehículo particular, y observa como un masculino comienza a agredir a una mujer –con la cual tenía una vinculación laboral-, siendo que esta le solicitaba que no la golpee ya que se encontraba embarazada-, a lo que el agresor realizó caso omiso recrudeciendo su golpiza –motivando que caiga al piso, y ya tendida el mismo, propinándole patadas en su cuerpo- no cesando en dicha conducta hasta la pronta intervención de Gino como efectivo policial de New York.

El inciso decimosegundo establece la agravante de la “venganza transversal”, y se encuentra redactada de la siguiente forma “...*Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°...*”. La misma implica que el sujeto activo producirá lesiones –en el cuerpo o la salud- de una tercera persona con la única finalidad de ocasionar un sufrimiento a una mujer con la cual lo une –o lo unía- una relación de pareja. Conforme se puede inferir de la norma esa tercera persona tendrá que ser estimada o querida por la mujer –de manera que las lesiones que se le causen le generen el estado descripto. Con esto terminamos este capítulo y les agradezco su atención.

## Referencias

Creus, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo 1, 6° edición actualizada y ampliada, 1° reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1998.-

Dallessio Andrés .-Dir.- y Mauro A. Divito –Coord-, *Código Penal, Comentado y Anotado –Parte Especial-*, La Ley, Buenos Aires, 2004.-

Vitale Grabiél M. A.(coord.), *Cine y Derecho Penal. Delitos en el Séptimo Arte*, Edulp, 2022.-

## CAPÍTULO 8

# Entre Carancho y la Pantera Rosa, los votos de amor para las lesiones culposas

*Gabriel M A Vitale*

*Carancho*<sup>64</sup> es el policial negro, donde pareciera que un abogado interviene ante las violaciones de los deberes de cuidado de conductores por accidentes de tránsito. El título es por demás significativo; alude metafóricamente a un ave de rapiña, que merodea las muertes y agonías que ocurren en la ciudad de Buenos Aires.

Ricardo Darín encarna al abogado que se dedica a patrocinar a las víctimas de accidentes de tránsito, para luego tejer una historia de amor con la enfermera de primeros auxilios del Hospital.

Cliente y paciente son por momentos lo mismo, para esta pareja al borde de todos los abismos, en un intenso guion. Sin entrar en el laberinto del film, solo utilizaremos el concepto de violación al deber de cuidado, el cual ya ha sido visualizado en los comentarios a los 84 y 84 bis del Código Penal.

## Antecedentes Históricos y Legislativos

En el supuesto de las lesiones culposas, en un primer momento, el artículo 94 únicamente imponía penas de multa (de doscientos a mil pesos) e inhabilitación (por uno a cuatro años). No se agravaban las penas en relación al tipo de lesión que se había causado (leve, grave o gravísima), ni en relación al número de víctimas, ni a cualquier otra agravante; además, se debían iniciar las investigaciones de oficio en cualquiera de los casos, es decir, no era necesario la instancia privada en las lesiones leves.

Con ley N° 25.189<sup>65</sup>, el artículo se modificó no haciendo distinciones acerca del tipo de lesiones causadas y en el segundo párrafo se agravan las penas si las lesiones son graves o

<sup>64</sup> Del realizador Pablo Trapero (Mundo grúa, El bonaerense, Leonera) Carancho (2010) Alejandro Fadel, Martin Mauregui y Santiago Mitre.

<sup>65</sup> Art. 94: “Se impondrá prisión de un mes a tres años o multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años, el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud... Si las lesiones fueran de las descritas en los artículos 90 ó 91 y concurriera alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del artículo 84<sup>1</sup>, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo, será de seis meses o multa de tres mil pesos e inhabilitación especial por dieciocho meses.”

gravísimas y si concurren algunas de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del artículo 84 del Código Penal.

La Ley 27.347 modifica el artículo 84 y 94 e incorpora el artículo 84 bis y 94 bis al Código Penal.

Los homicidios culposos han sido estudiados anteriormente. Las lesiones culposas del artículo 94 quedaron redactadas de la siguiente manera:

Se impondrá prisión de un (1) mes a tres (3) años o multa de mil (1.000) a quince mil (15.000) pesos e inhabilitación especial por uno (1) a cuatro (4) años, el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud.

Si las lesiones fueran de las descriptas en los artículos 90 o 91 y fueren más de una las víctimas lesionadas, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo, será de seis (6) meses o multa de tres mil (3.000) pesos e inhabilitación especial por dieciocho (18) meses...

Con la incorporación del artículo 94 bis del Código Penal, el mismo queda redactado de la siguiente manera:

(...) Será reprimido con prisión de uno (1) a tres (3) años e inhabilitación especial por dos (2) a cuatro (4) años, si las lesiones de los artículos 90 o 91 fueran ocasionadas por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor.

La pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión si se verificase alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diese a la fuga, o no intentare socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriera en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular, o cuando se dieran las circunstancias previstas en el artículo 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas lesionada.

Asimismo la ley modificó el artículo 193 bis del Código Penal<sup>66</sup>

<sup>66</sup> Artículo 193 bis: Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena, el conductor que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo con motor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente...La misma pena se aplicará a quien organizare o promocionare la conducta prevista en el presente artículo, y a quien posibilitare su realización por un tercero mediante

Como se aprecia, las modificaciones en el art. 94 no son significativas con relación al anterior texto y todo lo relacionado con las lesiones producidas por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor y las agravantes que se consignan en las diferentes circunstancias del segundo párrafo se agrupan en el nuevo art. 94 bis del similar contenido al art. 84 bis.

## Bien Jurídico Protegido

Al igual que en el delito de lesiones, y encontrándonos en el mismo capítulo del Código Penal, el bien jurídico protegido es la *incolumidad de la persona en su integridad física o psíquica*. Esto quiere decir que, lo que se busca proteger a través de la tipificación de este delito es que las personas no sufran daños en su cuerpo o en su psiquis a causa del actuar imprudente o negligente de otro individuo, tal como lo veremos más adelante.

## Sujeto Activo y Pasivo

El sujeto activo en este delito, es decir la persona que comete la conducta delictiva, puede ser cualquier individuo, pues el tipo penal no exige características especiales para serlo. En la película Carancho, son las personas que manejan los vehículos o sea los embistentes.

El sujeto pasivo del delito, la víctima, puede ser cualquier individuo desde que comienza el nacimiento y durante el tiempo que la persona esté con vida.

Además, también puede aclararse que, en el caso de una de las agravantes del segundo párrafo, se requiere que sea más de uno el sujeto pasivo para que pueda aplicarse, por lo tanto, en esos casos va a ser necesario que haya, al menos, dos víctimas a causa de la imprudencia cometida por el conductor del vehículo.

## La Acción Típica

La acción consiste en **causar un daño en el cuerpo o en la salud a otro**. No voy a ingresar a esta cuestión, pues ya ha sido ampliamente comentada con el delito de lesiones.

Lo cierto es que para que el daño en el cuerpo o en la salud sea punible en el caso de las lesiones culposas, **el autor tiene que obrar con culpa**, esto es, con **imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo**. Es decir, si el autor **viola su deber de cuidado** mediante cualquiera de

---

*la entrega de un vehículo con motor de su propiedad o confiado a su custodia, sabiendo que será utilizado para ese fin...*

estos institutos, debe responder penalmente, como claramente ha sido abordado en los comentarios de los artículos 84 y 84 bis del Código Penal.

En el film *Votos de amor*<sup>67</sup> con Rachel McAdams y su marido ficticio Channing Tatum, se encuentran saliendo de un cine camino a su casa, cuando un camión golpea de atrás y Paige se estrella a través del parabrisas, quedando en coma, recuperando más tarde, parte de su conciencia.

Previo a ingresar a esta cuestión, resulta necesario aclarar que en el Código Penal Argentino se decidió la modalidad de un número cerrado de delitos culposos, es decir, sólo estaremos frente a un tipo culposo cuando haya sido expresamente tipificado el mismo. Aclaro esto ya que, en otras legislaciones, la elección es otra, y se trata todo lo relativo a este tipo de delitos en forma general y posteriormente se acepta la figura culposa en todos los delitos tipificados en el Código.<sup>68</sup>

En relación al concepto de culpa, si bien nuestro Código no lo define expresamente, nuestro clásico Carlos Fontán Balestra, manifiesta que:

(...) la culpa se caracteriza por la falta de previsión del resultado o por su previsión no seguida de la observancia del deber de cuidado para evitarlo. De esto se infiere que es de la esencia del delito culposo la previsibilidad, cognoscibilidad o advertibilidad, en abstracto del resultado típico, puesto que lo que no puede ser previsto, lo imprevisible, no puede ser reprochado... (1995, págs., 140/141)

Ahora bien, como es sabido, el delito de lesiones culposas es uno de los denominados tipos penales abiertos<sup>69</sup>, al igual que el homicidio culposo, pues no se especifica concretamente cuándo se tipifica, sino que sólo se indica que estaremos frente a él cuando se presente el resultado y se haya violado el deber de cuidado, ya sea por imprudencia, negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo.

La pantera rosa, el detective francés que intenta develar una serie de crímenes y misterios, es el film ideal para darle contenido a todas las violaciones de deberes de cuidado que un personaje puede realizar<sup>70</sup>. La imprudencia se caracteriza por el Inspector Clouseau, tomando más riesgos de los permitidos, no manteniéndose dentro del deber de cuidado y elige asumir más peligro en su accionar. Fontán Balestra ha dicho: *"(...) Incurre en esta causal quien conduce a excesiva velocidad o con la puerta de un transporte público abierta, manipula*

<sup>67</sup> The Vow es una película dirigida por Michael Sucsy y coprotagonizada por Rachel McAdams y Channing Tatum. Estrenada en 2012, la película está basada en la historia real de Kim y Krickitt Carpenter, autores del libro homónimo. Se tituló Todos los días de mi vida en España y Votos de amor en Latinoamérica.

<sup>68</sup> Código Penal Comentado APP

<sup>69</sup> "...es un tipo abierto, en donde la concreta forma de realización típica no ha sido expresamente señalada por la ley, sino que requiere ser completada por el juez de acuerdo a las particularidades de cada caso concreto y a la luz de una específica norma de cuidado que lo rija, no ha faltado autor que se pregunte si ello no afecta en cierta manera el principio constitucional de legalidad y su derivado principio de legalidad estricta, puesto que justamente lo que falta es la previsión exhaustiva de la conducta prohibida, de una manera clara y precisa, de forma tal que se garantice el principio de determinación de los tipos penales..." [www.terragnijurista.com.ar](http://www.terragnijurista.com.ar)

<sup>70</sup> La pantera rosa es una película de 2006, dirigida por Shawn Levy. Protagonizada por Steve Martin, Kevin Kline, Beyoncé Knowles, Jean Reno y Emily Mortimer en los papeles principales. Es un remake de la película original para celebrar su 40º aniversario.



*peligrosamente un arma frente a terceros, enciende fuego en las cercanías de material inflamable, etc...”* (2013, pág. 170)

En la negligencia el autor no guarda los recaudos que debería preservar ante dicha acción, es decir, es indiferente a los riegos no permitidos que pueda causar. Se ha dicho al respecto en la doctrina:

(...) La negligencia es la falta de precaución o indiferencia por el acto que se realiza. Es hacer menos que lo que indica el deber objetivo de cuidado o la debida diligencia de un hombre correcto y cuidadoso (salir de viaje en un automóvil con las cubiertas gastadas... (Fontán Balestra, 2013, 170)

O sea, como repetimos en clase constantemente, mientras que en la imprudencia lo que se le reprocha al autor es haber hecho más de lo que indica el deber objetivo de cuidado, haber hecho demás, aquí se reprocha haber hecho menos.

Cuando se habla de la impericia en su arte o profesión, claramente se está refiriendo a los errores que pueda cometer algún sujeto en su profesión o en cualquier otra situación en la que esté especializado. Es decir, no hace falta que sea una persona que haya estudiado algo en especial o tenga un título, sino que sólo basta con que sepa hacer esa acción o la haga cotidianamente. El Inspector Clouseau, quien maneja artes marciales, y ha estudiado para desempeñarse como agente de la policía francesa, comete estas descripciones en el desarrollo del film.

Por último, en la inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, se está frente a algún sujeto que haya producido el resultado motivo de haber incumplido con alguna norma que regule la acción que estaba llevando a cabo, o bien con alguna obligación que debía cumplir.<sup>71</sup>

Lo cierto es que con respecto a la agravante del art. 94 bis, en lo referente a la agravante por fuga o ausencia de socorro, en este supuesto especial al estar sólo lesionada y no muerta la víctima, la conducta omisiva del autor contribuye a acrecentar el riesgo de vida, de modo que cobra mayor utilidad una disposición en este sentido.<sup>72</sup>

Con esto finalizamos este capítulo, esperando que les haya servido para completar lo visto en el apartado de homicidio culposo.

<sup>71</sup> Ver Código Penal Comentado por Sebastián Amadeo al artículo 84 (homicidio culposo).

<sup>72</sup> Tazza y Figari en el mismo sentido.

## CAPÍTULO 9

### Homicidio y lesiones en riña

*Mercedes González Isabella*

Art. 95 del CP: “Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte y de uno a cuatro en caso de lesión.”

Art. 96 del CP: “Si las lesiones fueren las previstas en el artículo 89, la pena aplicable será de cuatro a ciento veinte días de prisión”.

El cine, las series y los documentales nos han brindado una ventana única para explorar y comprender la complejidad del comportamiento humano. A lo largo de la historia del entretenimiento hemos presenciado la representación de una amplia gama de delitos que van desde robos y asesinatos hasta estafas y fraudes. Estas narrativas nos permitieron sumergirnos en el mundo de la delincuencia y, en ocasiones, han dejado una profunda impresión en nuestras mentes.

En este trabajo embarcaremos un viaje a través de algunas escenas cinematográficas y episodios de series con el objeto de analizar la configuración del delito de lesiones y homicidio en riña. Exploraremos cómo estos medios han logrado capturar la esencia del delito y sus repercusiones, brindándonos una visión más clara de los elementos claves involucrados para la configuración del tipo.

Para comprenderlo debemos comenzar por examinar la estructura típica del mismo, respaldándonos en doctrina y jurisprudencia. Ello, en referencia a fuentes especializadas en derecho penal que nos permiten profundizar en los aspectos legales, analizar su *cuestionada constitucionalidad* y examinar cómo estas representaciones cinematográficas y televisivas se alinean con los principios establecidos.

### Bien jurídico protegido

Del mismo texto del artículo 95 del CP deriva que esta figura tutela **la vida o la integridad psicofísica**.

Además, se trata de un delito de daño efectivo, de la producción de un homicidio o de lesiones en **condiciones objetivas y subjetivas particulares**.

## Elementos del tipo penal

### Tipo objetivo

En primer lugar, nos referiremos al concepto jurisprudencial de **riña** como el *acometimiento tumultuoso, espontáneo y recíproco suscitado entre tres o más personas*<sup>73</sup>, y la **agresión** como el *acometimiento de varios contra uno u otros que se limitan a defenderse pasivamente*.

Es decir que, para que se configure el tipo necesitamos una *riña* o *agresión* en la que participen como mínimo tres personas **y que no pueda determinarse el autor de las lesiones o del homicidio**. De poder identificarse, no se configuraría, dado que serían aplicables las reglas de autoría y participación.

Según Soler (1992, págs. 146/157), el tipo penal exige una condición negativa: que no conste quiénes causaron la muerte o las lesiones. A dicha condición negativa debe adicionársele dos positivas: que de la riña o agresión resulte la muerte y que se haya ejercido violencia física (vías de hecho) sobre la víctima.

Críticamente, Donna (2003) opina que nos encontramos frente a un delito de sospecha y una presunción de autoría. Sin perjuicio de ello, el mencionado autor sostiene que no puede descartarse la posibilidad de inculpar a aquel que si bien ejerció violencia no causó el resultado prohibido. Siguiendo esta idea, podría decirse que, en la práctica, esta figura es aplicable toda vez que se comete el delito de lesiones u homicidio por varios sujetos y no pueda identificarse cuál de ellos es el autor.

Respecto a ello tiene dicho Carrara:

no es que se castigue menos al homicida, porque se ignora quien ha sido, sino que se castiga más a los partícipes de la riña por ignorarse cuál de ellos fue el homicida, es una ampliación de rigor, no de benignidad (pág. 428)

En relación a la forma de violencia Núñez tiene dicho que constituye violencia sobre la persona del ofendido tanto los disparos de arma que se le dirigen y las piedras que se le arrojan como los puñetazos que no lo alcanzan.

El mencionado autor refiere

(...) la especialidad de esta figura consiste en no saberse quién fue el autor de las heridas o la muerte. Desde que se sepa quién o quiénes fueron los autores, el caso especial desaparece y queda el hecho punible sometido a las reglas del homicidio y las lesiones. (Núñez, 1972, págs.249/250)

<sup>73</sup> TC, Sala I, "B. ,R. M. s/ Recurso de Casación" causa n° 70668, sent. 04/02/2016

Como bien indica Varacalli<sup>74</sup>,

Tener determinado quiénes ejercieron violencia evidentemente no resuelve el deber de distinguir por imperio del principio de culpabilidad, entre quienes ejercieron violencia con entidad tal para generar el resultado previsible de lesiones o muerte y aquellos que sólo ejercieron violencia en una cantidad insuficiente para generar dichos resultados. (págs. 667/668)

Dentro de las limitaciones del artículo en análisis podemos encontrar jurisprudencia que ha logrado circunscribir lo más posible la imputación, por ejemplo, el Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires ha resultado que se configura el tipo

(...) cuando la muerte se haya producido en razón de la agresión o riña a partir de la violencia desplegada en dicho marco contra el ofendido por parte de alguno o varios de los que intervinieron, la cual debe ser idónea para producir el resultado típico" (Causa 70668, 04/02/2016).

Más adelante, estudiaremos el fallo "Antiñir" de la CSJN, en el que el Tribunal brinda concretas consideraciones sobre la constitucionalidad de la figura.

A los elementos ya analizados de imposibilidad de determinación del autor y marco de agresión o riña, debe sumarse como condición necesaria que en tales circunstancias **se produzca el resultado mortal o lesivo**.

## Tipo Subjetivo

La doctrina y jurisprudencia son contestes en entender que para la configuración del tipo se pretende que **no haya una convergencia intencional** respecto del resultado lesiones o muerte, es decir, que los agresores no hubiesen premeditado su conducta delictual.

Así se sostuvo que

La presencia del acuerdo entre los sujetos activos de lesionar en forma dolosa a terceros desplaza entonces al tipo de agresión contenida en la figura del artículo 95 del Código Penal, la que debe ser espontánea o súbita. (Causa 70668, 04/02/2016)

En dicho sentido, Núñez (1972, págs. 245/246) establece que *"los autores de la riña son arrastrados súbitamente, es decir movidos por el impulso que emerge del ánimo exaltado"*.

Donna (1990, pág. 311), además, concluye que el dolo del tipo penal es de participar de una riña agrediendo, pero nunca el de homicidio.

<sup>74</sup> VARACALLI, Daniel C., Comentario al fallo "Antiñir". Un caso de responsabilidad penal para civilistas (en prensa para la Revista de Derecho Penal, Lexis-Nexis), pág. 667/668.

## Explorando el delito a través de la lente cinematográfica

Ahora bien, plasmados concretamente los elementos de la figura penal, me enfrento al desafío de que el cine tiende a proporcionar resolución y conclusión a las tramas, y esto generalmente implica mostrar quién está detrás de los actos violentos o criminales, delimitando particularmente al autor de la lesión o del homicidio, lo que nos aparta del delito que analizamos. Enfocarse en delitos cometidos en una riña -tal vez- podría dificultar la construcción de la tensión narrativa, y quizás por ello no encontremos escenas medulares de películas, pero si algunas otras que nos permiten inferir la comisión del tipo penal que pretende explicar este trabajo.

Para ejemplificar lo dicho hasta acá, podemos mencionar una de las grandes obras del cine, *La naranja mecánica*, una novela escrita por Anthony Burgess en 1962 y adaptada al cine en 1971 por el director Stanley Kubrick. Tanto el libro como la película son conocidas por su estilo impactante y provocador, y abordan temas como la violencia, la libertad, el condicionamiento social y la psicología humana.

La historia se sitúa en un futuro distópico y sigue a Alex DeLarge, interpretado por Malcolm McDowell, un joven carismático y líder de una pandilla conocida como "Drugos", dedicada a cometer actos de ultraviolencia, incluyendo homicidios y violaciones, mientras se deleitan con la música clásica, especialmente la Novena Sinfonía de Beethoven.

Detengámonos en la escena de la pelea en el teatro donde se podrían dilucidar los elementos del tipo que anunciamos anteriormente para la comisión del delito de lesiones en riña. En dicha escena, el protagonista Alex DeLarge y su pandilla (Pete, Giorgie y Dim), los "Drugos", durante una de sus giras nocturnas, se encuentran de manera espontánea con su banda enemiga, liderada por Billyboy -interpretado por Richard Connaught- en un teatro abandonado.

A medida que la tensión crece, la situación se intensifica hasta llegar al enfrentamiento físico. La pelea se desata entre las pandillas, con golpes y caos generalizado. La escena se caracteriza por su violencia gráfica y su estilizada coreografía, lo que enfatiza la brutalidad de los actos cometidos por el grupo de Alex. Además, la música clásica acompaña la escena, creando un contraste impactante entre la belleza de la melodía y la crueldad de la violencia. En algunos cuadros de la escena no alcanzamos a distinguir al autor de los golpes. Alex y sus drugos resultan vencedores, la pandilla liderada por Billyboy resulta víctima de considerables lesiones. Al oír las sirenas de las patrullas policiales que se acercan los Drugos huyen del lugar.

Otra de las películas que conviene señalar es *The Warriors* del género de acción, dirigida por Walter Hill y estrenada en 1979. Basada en la novela del mismo nombre escrita por Sol Yurick, la trama se desarrolla en Nueva York y sigue a una pandilla callejera conocida como Los Guerreros (The Warriors).

La historia se desencadena cuando Cyrus, el líder de los Riff, convoca a una reunión masiva de bandas en el Bronx. Durante el evento, Cyrus es asesinado mientras daba su discurso por

disparos provenientes de la multitud y Los Guerreros son injustamente acusados del crimen. La primera secuencia que me interesa destacar es cuando matan a Cleon, el líder de The Warriors, en el mismo evento y por ese injusto señalamiento: luego de que se le atribuye la muerte de Cyrus, Cleon es agredido por la banda del difunto -los Riffs-, en la escena se ve como un tumulto de hombres vestidos con túnicas naranjas se le abalanzan dándole golpes de puños y patadas. La toma no permite distinguir quien fue el autor del golpe mortal. ¿Podemos hablar de que en este caso no hubo convergencia intencional del resultado muerte? Lo que sí se puede afirmar es que no podemos identificar quién, de los al menos diez agresores, fue el autor del golpe final.

A partir de ese momento, la película acompaña a la pandilla mientras intentan abrirse camino a través de las peligrosas calles de Nueva York para regresar a su territorio de origen, Coney Island, y en el trascurso son perseguidos tanto por otras bandas como por la policía.

Otra escena que me incumbe destacar es cuando The Warriors se encuentran en el parque “Riverside” durante su intento de regresar a su territorio de origen. Allí, el grupo es atacado por la pandilla de Baseball Furies, reconocibles por sus uniformes de béisbol y pinturas faciales distintivas, en medio de una oscura noche, iluminada por los faros de los coches y luces de neón. Los Guerreros luchan contra ellos usando sus habilidades y tácticas de pandilla, defendiéndose con palos, cadenas y sus propias manos. La lucha es dinámica, con movimientos rápidos y golpes precisos, sin permitirnos durante varias tomas, distinguir entre los agresores. Esta secuencia refleja la naturaleza peligrosa y desafiante del mundo en el que viven los personajes y la necesidad constante de defenderse y luchar por su supervivencia. Los Baseball Furies resultan vencidos y Los Guerreros continúan el camino a casa. Sin perjuicio de ello, ambas pandillas resultan heridas. Aquí, encontramos una escena que muestra una riña que sucede entre al menos siete personas, de manera espontánea, no pudiendo determinar quién lesionó a quién.

Traigamos a colación también una de mis series preferidas: *Peaky Blinders*, un drama histórico creado por Steven Knight. La trama se desarrolla en la década de 1920 en Birmingham, Inglaterra, y sigue a la familia Shelby, liderada por Tommy Shelby, interpretado por Cillian Murphy.

La serie se centra en los Peaky Blinders, una pandilla criminal formada por los Shelby, conocidos por su estilo distintivo y su práctica de coser cuchillas en las viseras de sus gorras. Tommy Shelby es un líder carismático y astuto que busca expandir el imperio criminal de su familia y elevar su estatus social.

En el episodio dos de la primera temporada hay una escena en la que se desata una riña luego de que tres integrantes de la “familia Lee” insultaran a la madre de Tommy. A partir de ello los miembros de ambos grupos se involucran en una pelea lanzando piñas, patadas y los míticos golpes de visera. La escena se vuelve caótica, con múltiples enfrentamientos individuales y una lucha generalizada. La cámara captura la violencia y la ferocidad de la pelea, mostrando golpes impactantes y movimientos frenéticos mientras los personajes se enfrentan. La secuencia describe una riña entre más de dos personas, que sucede de manera

espontánea, donde se lesiona, principalmente, a la Familia Lee sin poder identificar cuál de los Shelby lo hizo. De lo visto pareciera que no hubo una convergencia intencional para que las lesiones sucedan, sino que fueron movidos por el impulso de defender el honor de la madre de Tommy de los insultos, guiados por un ánimo exaltado y su beligerancia que siempre parece estar a punto de exacerbarse.

Por otro lado, en el capítulo 4 de la sexta temporada de la serie *Élite* (estilizado como ÉLITE) -serie española de televisión por internet, producida por Zeta Studios para Netflix y creada por Carlos Montero y Darío Madrona-, hay una escena que me interesa describir.

Esta temporada comienza con el inicio de un nuevo curso académico, donde el centro de estudios debe lavar su imagen tapando desastres del pasado. Sin embargo, el conflicto en sus aulas no cesa y viene marcado por casos de racismo, sexismo, violencia machista, abusos sexuales y LGTBIfobia, entre otros.

A mitad del capítulo 4 se desata una pelea entre Cruz, interpretado por Carlotto Cotta, y otros tres hombres a partir de una discusión de tránsito. Dichos sujetos se encargan de golpear y darle sendas patadas a Cruz quien resulta muerto tendido en el asfalto. De la escena podemos advertir que la agresión se produce de manera espontánea, Cruz se encontraba alcoholizado conduciendo su vehículo y por una maniobra negligente casi impacta contra el auto de los agresores, todos se bajan de sus vehículos e inician una discusión verbal -bajo constantes insultos homofóbicos en contra de Cruz-, que deriva, en definitiva, en agresiones físicas. De la secuencia podemos apreciar que todos agreden a la víctima sin poder determinar cuál de ellos fue el autor del golpe mortal, y también dilucidamos que dicha gresca no se produjo de manera premeditada.

No puedo terminar este breve recorrido cinematográfico, sin tener en cuenta lo previsto en el art. 2 de la Ley 24.192 que establece una agravante del tipo analizado en el presente trabajo, elevando la pena de un tercio de la escala dispuesta por el código de fondo si el delito se cometiere con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo, sea en el ámbito de concurrencia pública en que se realice o en sus inmediaciones, antes, durante o después de él. Y si hablamos de espectáculos deportivos, podemos centrarnos en una película en la que su trama se enfoca en el mundo de los hooligans y explora la violencia, la lealtad y la camaradería dentro de estos presuntos hinchas del fútbol inglés. Ella es *Green Street Hooligans* un filme británico-estadounidense estrenado en 2005, dirigido por Lexi Alexander y protagonizada por Elijah Wood y Charlie Hunnam.

La historia sigue a Matt Buckner (interpretado por Elijah Wood), un estudiante de Harvard que es expulsado injustamente de esa Universidad después de ser acusado de posesión de drogas. A raíz de ello, decide visitar a su hermana Shannon en Londres y pronto se ve envuelto en el mundo de los hooligans del West Ham United, un equipo de fútbol inglés conocido por su fervoroso y violento grupo de seguidores.

Bajo la tutela del líder de los hooligans, Pete Dunham (interpretado por Charlie Hunnam), Matt se adentra en la subcultura de las peleas entre pandillas de fútbol. Y a medida que éste se involucra más en el estilo de vida de los hooligans, se encuentra en medio de violentos

enfrentamientos con otros grupos rivales, enfrentando peligro y desafiando su propia percepción de la violencia.

Durante la película discurren un sinfín de enfrentamientos, pero quisiera detenerme en aquel que se desata a los 30 minutos del inicio, luego de finalizado el partido, una confrontación se suscita de manera espontánea entre hinchas del Chelsea y los GSE (Green Street Elite). Las tomas están ambientadas en un callejón estrecho y oscuro, rodeado de graffitis y desechos urbanos, lo que añade un ambiente opresivo y tenso.

La pelea desatada de manera instintiva y súbita estalla con piñas, patadas y objetos improvisados que vuelan por el aire. La adrenalina, alimentada por la supuesta pasión y devoción por la violencia nutren la batalla, mientras los golpes y las heridas se acumulan. Ambas pandillas resultan gravemente heridas sin poder determinar quién o quiénes fueron los autores de las mismas.

Otra de las escenas que me interesa destacar de esta película es cuando Matt se encuentra en un bar con Steve, su cuñado, el esposo de su hermana, y Steve recuerda porque dejó de ser el líder de la banda (GST). En ese instante, el “flashback” remonta las imágenes a una pelea entre hinchas que se produjo después del partido contra Millwall, ambas pandillas se enfrentan en una riña tumultuosa, desenfrenada y violenta, a resultas de ello, el hijo del líder de Millwall, Tommy Hartcher, muere, quedando tendido en el piso, en el medio de la batalla. Tampoco de dichas tomas se puede determinar quién habría sido el autor.

Todas las escenas que describí hasta aquí sólo son algunas de las innumerables que la historia del cine se ha encargado de filmar, y el interés nos puede llevar a continuar con esta exploración, seguramente encontrarán muchísimas más que presenten los elementos requeridos por este tipo penal.

Sin embargo, la configuración del delito con todos los elementos que enuncia la norma resulta sumamente laborioso, no por la concurrencia de los elementos que exige el tipo sino porque como se advierte de las escenas citadas, una mirada paralela a la mía podría dar por tierra con la identificación del tipo penal al incluir eventuales elementos que le dieran identidad con otro delito. Verbigracia, invito a pensar si en *La Naranja Mecánica* los Drugos efectivamente se topan, casualmente, con los Billyboys o si el encuentro es provocado por ellos, o en *The Warriors* si los Riffs matan a Clean para procurar vengar la muerte de su líder, o incluso en *Elite*, si pudo existir odio en la violencia que condujo a la muerte de Cruz. Cualquiera de estos elementos colocaría las escenas en trabajos de otros tipos penales y no en este.

Ello nos lleva a preguntarnos si lo normado en los arts. 95 y 96 del C.P. tiene alguna cuota de función de soporte, un carácter residual, a los fines de que exista, no obstante, las ausencias, un encuadre, como si la norma, al igual que el cine, quisiera ver aquello que ha quedado fuera de plano.



## Palabras finales. El problema constitucional. Breve análisis del fallo de la C.S.J.N. Antiñir

Por último, por las particularidades del tipo penal bajo análisis, no puedo dejar de dedicar unas breves líneas para referirme a la constitucionalidad del art. 95 y 96 del CP que fue, y sigue siendo, vigorosamente cuestionada.

En el año 2006 la C.S.J.N. se ha expresado a través del fallo “Antiñir”, y sostuvo, por mayoría, la constitucionalidad de las figuras penales previstas en los mencionados artículos del código de fondo.

De acuerdo con el voto inicial presentado, los jueces Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco y Ricardo Luis Lorenzetti sostuvieron que, en ese caso en particular, el delito en cuestión fue interpretado correctamente como un delito preterintencional. Esto significa que la conducta llevada a cabo, que involucra ejercer violencia, ya representaba un riesgo previsible de causar el resultado (muerte o lesiones). En otras palabras, los condenados no fueron considerados responsables basándose en una “presunción de autoría”, sino que se consideró probado que golpear a las víctimas constituyó una forma de ejercer violencia en el contexto de una riña, y que esta acción es generalmente capaz de producir el resultado de muerte o lesiones. En consecuencia, confirmaron la constitucionalidad de la norma establecida en el artículo 95 del CP.

En cambio, los jueces Carmen M. Argibay y R. Eugenio Zaffaroni sostuvieron que la conducta que constituye el delito en cuestión implica participar en una riña y ejercer violencia sobre la víctima, siempre y cuando esta última resulte muerta o lesionada como consecuencia de esa violencia. Según su opinión, al menos en el caso específico juzgado, no se viola ningún principio de la Constitución, ya que no se atribuye a los acusados el homicidio basándose en una presunción, sino en su propia conducta de participar en una riña o agresión tumultuaria y ejercer violencia sobre la persona que resultó muerta o herida como resultado directo de la violencia propia de la riña.

Por último, en salvaguarda de los principios de inocencia, culpabilidad, y el in dubio pro reo que rigen nuestro ordenamiento legal, el juez Carlos S. Fayt enfatiza la parte final de esta secuencia de eventos, es decir, la causa de la muerte o lesión, y señala la evidente irregularidad de una norma que atribuye la autoría de la muerte o lesión a todos los que participaron en la riña o agresión ejerciendo violencia sobre la víctima. Según su perspectiva, la normativa en cuestión requiere como elemento del tipo penal la falta de conocimiento sobre los agentes que causaron el resultado lesivo o mortal. Por lo tanto, el juez considera que nos encontramos ante un caso en el cual la ley presume de manera decisiva la autoría del resultado perjudicial.

Para concluir, me atrevo a afirmar que hay convergencia en que el principio de culpabilidad por hecho propio surge como consecuencia directa de los principios de legalidad y presunción de inocencia establecidos en nuestra Constitución Nacional. Estos principios fundamentales se

convierten en salvaguardas esenciales para proteger los derechos individuales ante el poder punitivo del Estado.

Es por ello que la idea de este trabajo propone la aventura de explorar la identificación del tipo penal en distintas escenas del cine, sin perder una posición reflexiva y crítica, buscando promover un análisis de los fundamentos y principios que rigen nuestra Constitución, así como de su aplicación en el tipo en cuestión.

## Referencias

- Carrara, Francesco, Programa de Derecho Criminal, trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis-Depalma, Bogotá-Buenos Aires.
- Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I*. Astrea, Buenos Aires, 1998.
- Donna, Edgardo A., *Derecho Penal, Parte especial Tomo I*, Tercera edición actualizada, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires 2007.
- Donna, Edgardo A., *El homicidio en riña en suspecto dogmático*, en Doctrina Penal, 1990, año 13.
- Núñez, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal. T. III. Vol. I* Lerner, Buenos Aires, 1964.
- Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1974.
- Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*. Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1963.
- Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino. Parte especial*, T. III, 3ª ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983.
- Varacalli, Daniel C., Comentario al fallo "Antiñir". Un caso de responsabilidad penal para civilistas. *Revista de Derecho Penal*, Lexis-Nexis.

## CAPÍTULO 10

# Preparen, apunten... fuego, comentario sobre los Artículos 104 y 105 del Código Penal

*Cecilia Corfield*

Como ya analizamos las conductas previstas en los arts. 79, 89, 90 y 91 del CP y también se ha mencionado la agravante del art. 41 bis del mismo texto legal., en esta oportunidad nos avocaremos a desentrañar las conductas típicas que prevé el art. 104 y a sus diferencias – por tratarse de un delito subsidiario en su tipo subjetivo – con las acciones típicas enunciadas al principio. –

Art. 104: Será reprimido con uno a tres años de prisión, el que disparare un arma de fuego contra una persona sin hierirla. Esta pena se aplicará aunque se causare herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave. Será reprimida con prisión de quince días a seis meses, la agresión con toda arma, aunque no se causare herida.

Respecto del primer párrafo al que llamaremos “disparo de arma de fuego” debemos realizar algunas consideraciones:

Disparar un arma de fuego nos exige en primer lugar establecer el concepto de “arma de fuego” para lo cual necesariamente debemos trasladarnos al contenido que de dicho concepto nos da la ley 20.429 llamada “Ley nacional de armas y explosivos” y su decreto reglamentario 397/75. En este último, específicamente en su artículo 3 nos dice que:

*1- Arma de fuego: La que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia.*

Si tomamos como base de partida esa definición, diremos que dispara un arma de fuego toda persona que cuenta con un adminículo creado a tal efecto y que provoca el lanzamiento de un proyectil a distancia por medio de la deflagración de pólvora.

El primer requisito del tipo penal analizado entonces es contar con un arma de fuego, cualquiera fuera el tipo y calibre, y para ello los invito a leer el decreto reglamentario antes citado en donde se clasifican las armas de fuego encontrándose entre ellas las armas de puño, las armas largas, y cada una de ellas de diferentes calibres, y por ende de diferente poder ofensivo. Clasificación que no está demás aclarar, en relación al tipo objetivo del delito

analizado, solo podrá ser tenido en cuenta a los fines de hacer efectiva la medición judicial de la pena de acuerdo a las normas de los art. 40 y 41 del C.P. pero no tendrá relevancia en la exigencia de los elementos objetivos del tipo, ello sin perjuicio de su vinculación a través de las reglas del concurso con algún tipo penal de los delitos contra la seguridad pública en su caso (vgr. 189 bis, inc. 2do. C.P.). -

De hecho, no basta con exhibir el arma o apuntar en forma amenazante, accionar el mecanismo sin lograr el efecto, hacer sufrir temor, disparar un arma sin estar cargada sin proyectil o gatillar un arma no cargada, tampoco lo es tirar un tiro al aire —lo cual en última instancia constituirá una contravención— sino que es necesario la producción del disparo propiamente dicho, aunque sí vale aclarar que el delito de disparo de arma de fuego admite tentativa.-

A decir de autores como Yacobucci, Bottini y De Los Santos, el delito en cuestión es un delito de peligro concreto y que exige que el disparo esté dirigido hacia una persona determinada, o a un grupo de personas aún indeterminado, resultando irrelevante que se trate de una o más personas las destinatarias del disparo, ya que la multiplicidad de sujetos no multiplica el delito<sup>75</sup> siempre teniendo presente que la conducta busca proteger el bien jurídico entendido como integridad física de la persona.

Cuando el tipo penal dice “*sin que se causare herida*” claramente hablamos de la ausencia de un resultado dañoso, fortaleciendo así el riesgo o peligro que trae ínsita la figura. Ahora debemos preguntarnos qué hacer cuando se causa herida y qué hacer cuando con un arma de fuego el direccionamiento de la conducta del sujeto está encaminado a causar la muerte y por razones ajenas a su voluntad no lo logra.

En el primer caso, dependerá de qué tipo de resultado dañoso se cause y es ahí donde cobra vigencia el segundo párrafo del art. 104 en donde dice que si la herida causada resulta ser una herida a la que le corresponda pena menor se aplicará este tipo penal. ¿Cuál es la pena menor?, la prevista en el art. 89 del C.P. por lo cual, si el daño en el cuerpo o en la salud provocado como consecuencia del disparo de arma de fuego queda abarcado en el art. 90 del CP, el art 104, reglas de concurso aparente de leyes mediante, se desplaza y pierde vigencia.

No debemos olvidarnos que a aquellas lesiones causadas, debemos sumarle la agravante genérica prevista en el art. 41 bis del CP, ya que en el caso se emplea un arma de fuego como medio de comisión y por lo tanto más peligroso que si lo fuera sin dicho adminículo por lo cual el sujeto activo debe responder de una manera más severa. -

En la segunda hipótesis arriba planteada, la solución la da el tipo subjetivo. Si bien el delito de disparo de arma de fuego es un delito doloso, también lo es el Homicidio, al igual que las lesiones. Es de suma importancia entender que el injusto en estudio es subsidiario ya no solo de un delito con resultado dañoso de pena mayor – vgr. Las lesiones graves agravadas por el empleo de arma de fuego- sino además de un hecho que importe un delito más grave: en el caso la tentativa de homicidio. La diferencia radica en el tipo subjetivo. El conocimiento de la causación de la muerte y la dirección de la conducta hacia ese fin, es lo que evidencia que el

<sup>75</sup> Según Nuñez, “Sobre el disparo de arma de fuego”, LL, 52-132.

hecho importa claramente un delito más grave. A nuestra solución la vamos a encontrar en el tipo subjetivo en el caso concreto.

¿Qué entendemos por agresión con toda arma? Al decir de Fontán Balestra (pág.371) ambos delitos previstos en esta norma se estructuran bajo la idea de agresión o acometimiento que se realiza sobre la persona, generando para ella la situación de peligro, que es, en definitiva, lo que tutela la ley.

El delito de agresión con toda arma consiste en el acometer o atacar a otro empleando un arma de manera que se coloque en peligro la incolumidad física de la víctima (Buompadre, pág. 274).

Realizando un análisis integral del texto de la norma en cuestión, diremos que “arma” en este último párrafo, es toda aquella que no sea de fuego, si es de fuego lo será en su versión impropia, es decir, como elemento contundente, y en el concepto de “toda arma” debemos ser extremadamente cuidadosos en su significado, ya que, tratándose de un elemento normativo, correremos el riesgo de la violación del principio de analogía.

Establecida la conformación básica de ambas figuras en estudio, y teniendo especialmente en cuenta que este pequeño y humilde texto tiende a establecer la educación de las figuras penales a través del cine, aquí van las recomendaciones para entretenernos y aprender derecho penal.

Como soy amante del cine nacional, arrancaré por un film de hace un par de décadas pero que tiene tanta vigencia que invito a los lectores a sumarse a él: *No habrá más penas ni olvido*<sup>76</sup>

Es una película estrenada el 22 de septiembre de 1983, la misma fue dirigida por Héctor Olivera, escrita por Roberto Cossa y Héctor Olivera, basada en la novela homónima de Osvaldo Soriano, protagonizada entre otros por Federico Luppi, Víctor Laplace, Héctor Bidonde, Raúl Rizzo, Patricio Contreras, Jorge Alberto Sassi, Graciela Eugenia Chedufau, Miguel Ángel Solá, grabada en la localidad de Capitán Sarmiento.

Ambientada a principios de los años 70, la historia transcurre en un pueblo llamado Colonia Vela, en donde se encuentran enfrentados grupos peronistas de izquierda y derecha, cuando para instar la rendición de las personas que se encuentran tomando una sede de la administración pública se genera –previo haber agotado los mecanismos de diálogo y negociación– los disparos de arma de fuego hacia el frente de la construcción en donde se sabía en su interior se encontraban personas “sublevadas” o alzadas en armas, en tanto el resto de la comunidad, de momento y por un lado, ignora y naturaliza los enfrentamientos, y por otro, sufre las consecuencias de la disputa.

Se pueden observar a lo largo de toda la película distintas escenas donde se tipifican actos encuadrables en las previsiones del Art. 104 primer y segundo párrafo del Código Penal. El delegado municipal Ignacio Fuentes (Federico Luppi) es acusado de ser Marxista, por lo que comienza una puja de poder entre éste y distintos miembros de las fuerzas de seguridad. Se puede ver una escena donde Fuentes se atrinchera en la delegación Municipal y, a raíz de una

<sup>76</sup> [https://youtu.be/wOwyAuNaj0Y?si=\\_iLf4rslrXabLqNJ](https://youtu.be/wOwyAuNaj0Y?si=_iLf4rslrXabLqNJ),

agresión con toda arma (una piedra), que arroja un personaje que se encontraba detenido y fue utilizado para brindar apoyo a la resistencia comienza un enfrentamiento armado entre varios de los protagonistas.

En *The Best of Enemies* es un drama norteamericano, estrenado el día 05 de abril del 2019, escrito y dirigido por Robin Bissell y basado en la novela de Osha Gray Davidson *Los mejores enemigos: raza y redención en el nuevo sur* (*The Best of Enemies: Race and Redemption in the New South*). La película está protagonizada, entre otros, por Taraji Penda Henson, Samuel Rockwell, Anne Celeste Heche, Wesley Cook Bentley, Bruce Travis McGill y John Howard Gallagher, Jr.

Ambientada a principios de los años 70 en la ciudad de Durham en Carolina del Norte la segregación y discriminación es el argumento principal de la película; Ann Atwater (Taraji Penda Henson), intenta conseguir condiciones de vida y vivienda digna para la población negra, siendo permanentemente ignorada. Mientras tanto, la educación no escapaba de la segregación, siendo que las escuelas se dividían entre alumnos blancos y de color, todo esto se agrava cuando un establecimiento educativo se incendia. El líder del Ku Klux Klan (KKK) del lugar CP Ellis (Samuel Rockwell), dueño de una estación de servicio no guarda ningún tipo de celo al hacer manifestaciones de odio racial en todo momento. Se generan debates y audiencias a fin de integrar definitivamente las escuelas. La historia toma un giro hacia la tolerancia, pluralidad y desegregación racial.

En una de las escenas iniciales se puede observar un hecho que podríamos tipificarlo dentro de las previsiones del Art. 105 en su remisión al Art. 80 Inc. 4° del Código Penal analizado, ya que durante una noche el líder del grupo de KKK de Durham, se dirige en auto junto a otros miembros de la organización a la casa de una joven mujer a esperar que ésta llegue, cuando lo hace uno de los ocupantes del rodado les indica que ella está teniendo una relación de pareja con una persona de color y que los vecinos del barrio habían presentado quejas por ello, esperan a que ingrese a la vivienda, descienden del vehículo, toman sendas armas de fuego y les indica a todos que esperen a que ella encienda la luz, una vez que saben el lugar exacto de la vivienda donde ella se encuentra comienzan a efectuar disparos de arma de fuego sin lograr hierirla.

*MATRIX*, es una película de ciencia ficción del año 1999, primera de una trilogía, escrita y dirigida por Lilly Wachowski y Lana Wachowski, protagonizada por Keanu Reeves, Carrie-Anne Moss, Laurence John Fishburne III, y Hugo Weaving.

Se encuentra ambientada en un futuro distópico en donde la humanidad, sin saberlo, se encuentra atrapada en una especie de realidad virtual (matrix). Mediante el avance de la tecnología, los humanos fueron creando máquinas cada vez más inteligentes llegando al punto que las mismas comenzaron a revelarse contra sus creadores; siendo imposible detenerlas, la humanidad intentó eliminar la fuente de energía que las alimentaba oscureciendo la atmósfera del planeta Tierra e impidiendo de esa manera el paso de la luz solar, en ese contexto las máquinas hallaron una fuente energética que les permitía sobrevivir, así comenzaron a utilizar los cuerpos humanos como fuente de energía depositándolos en grandes “campos”, una

especie de sembradío humano, creando, además, una realidad virtual en donde la humanidad se encuentra “viviendo” hasta el momento del agotamiento de su vida útil. En el argumento de la película existe un grupo de humanos que se encuentra por fuera de esa Matrix, liberando a otras personas para enfrentar a las máquinas y así conseguir, por un lado, la libertad y, por el otro, paz con las mismas.

El protagonista Thomas Anderson -Neo- (Keanu Reeves), es considerado el elegido para conseguir la libertad de la humanidad; así, al ser desconectado de la realidad virtual comienza un camino hacia ese objetivo.

En una de las clásicas escenas de la película se puede apreciar la configuración del tipo penal analizado (Art. 104, primer párrafo del Código Penal), en un enfrentamiento en la terraza de un edificio dentro de la Matrix. Un agente de seguridad dispara hacia la humanidad de Neo y éste esquivo los disparos en tres oportunidades, siendo luego herido en sus piernas por roces de bala. El análisis del lector será determinar si el elemento subjetivo del Sr Smith era asesinar a Neo o disparar el arma, y con ello, si la calificación legal correspondiente será, tentativa de homicidio o a abuso de armas. Podría formar parte del guion esta aclaración del Sr Smith: *“todo depende del elemento subjetivo Sr. Anderson.”*

Como no todo es tragedia y drama, invito a los lectores a ver *Mil maneras de morder el polvo*<sup>77</sup>. Esta película que recrea las del lejano oeste que disfrutaban nuestros abuelos con John Wayne y compañía, engendra una sátira de aquellas batallas por el honor que generaban afrentas tales que culminaban con la vida de cientos de personas. En esta comedia, se puede observar cómo en el episodio del duelo –que por cierto no tipificaría el delito de duelo tal como está redactado en nuestro código de fondo- uno de los dos agresores dispara hacia la humanidad de su contrincante hiriéndole en el brazo izquierdo, en tanto, éste último dispara con tal precisión que le pega al revólver del otro duelista lo que provoca que se desprenda de su mano y caiga al suelo. No hay duda de que no existe el tipo subjetivo del homicidio en este último caso como tampoco lo hay respecto al tipo subjetivo del 104 del C.P.

Amigos lectores, invito a Uds. a elegir el cine con perspectiva penal, dar ejemplos de estos tipos penales que nos tocaron desarrollar y hacer del disfrute una enseñanza crítica.

<sup>77</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=aJzcWbh-Awo>

## CAPÍTULO 11

### Artículos 106 y 107. Abandono de Persona, el juez

*María Dolores Amaya*

El Código Penal de la Nación, en su Capítulo VI, del Libro Segundo, del Título I, denominado *Delitos contra las Personas*, prevé el tipo de abandono de personas. Al observar los antecedentes de este delito surge la discusión acerca de la ubicación sistemática que le corresponde en el ordenamiento jurídico, lo que claramente se relaciona con la cuestión atinente al bien jurídico. Siguiendo al Código Peruano, el proyecto de Tejedor (Libro I, Título VI, p 3) situó el delito de abandono de personas entre los delitos contra las garantías individuales. La revisión del proyecto estuvo a cargo de los doctores Villegas, Ugarriza y García, ubicándose dentro de los delitos contra el orden de las familias y la moral pública, al abandono de personas y omisión de auxilio de un niño (arts.305, 306 y 307 del año 1881). Recién en el proyecto de 1891 (Rivarola, Piñero y Matienzo), la ubicación es diferente, y estos delitos aparecen en el título VI, referido a los delitos contra las personas.

Es claro que a través del delito aquí estudiado se intenta resguardar dos bienes jurídicos perfectamente determinados y de carácter individual: la vida y la salud de las personas. Se protege la vida como bien jurídico supremo, como valor fundamental de nuestra sociedad, exactamente con el mismo alcance que se tutela mediante el delito de homicidio, es decir, la vida de la persona nacida. También se salvaguarda la salud, bien jurídico ya protegido a través de los diferentes tipos de lesiones.

En definitiva, la vida y la salud son los bienes jurídicos tutelados por este delito y que ya fueron objeto de protección a través de tipos penales como los de homicidio y lesiones. No obstante, la diferencia fundamental reside en que en el abandono de persona el legislador ha protegido esos bienes contra acciones y omisiones que implican generar situaciones de peligro.

En la película *El Juez* Hank Palmer es un exitoso abogado de Chicago, quien se encuentra en medio de una audiencia cuando recibe un mensaje en donde se le informa que su madre acababa de fallecer.

Hank no tiene contacto alguno con su padre, y su madre era la única persona de su familia que la mantenía relacionada con su pueblo durante los últimos veintitantos años. Su muerte, es lo único que puede hacerlo volver a su lugar natal, pero lo que le espera en la idílica Carlinville, Indiana, es mucho más que un funeral. Antes de que pueda huir de allí y volver a Chicago, Hank se ve en la encrucijada de tener que defender a su propio padre, venerable juez de la



ciudad durante más de 40 años, quien súbitamente se ve sentado en el banquillo de los acusados a causa de un homicidio por atropello, siendo la víctima un delincuente recién salido en libertad luego de 20 años de una condena por homicidio que el mismo magistrado Palmer le había dado años atrás.

Para comenzar, nos encontramos ante el primer análisis del tipo que es el bien jurídico protegido, en este caso, el abandono de persona, es la integridad física y psíquica de la misma.

En la película que estamos analizando, cuando el ex convicto y vecino del pueblo, aparece muerto en la cuneta tras haber sido arrollado, presumiblemente, por un vehículo que se ha dado a la fuga, las sospechas recaen sobre el juez Joseph Palmer.

*Artículo 106: El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonado a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años.*

*La pena será de reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima.*

*Si ocurriere la muerte, la pena será de cinco (5) a quince (15) años de reclusión o prisión.”*

*Artículo 107: “El máximo y el mínimo de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra los hijos y por éstos contra aquellos, o por el cónyuge.*

La primera cuestión a abordar se relaciona con la estructura que presenta el tipo penal y en cuál de las categorías debe ser incluido. La doctrina clasifica a los delitos como de lesión y de peligro, ya sean abstractos o concretos. A su vez, obviamente, tanto unos como otros pueden ser dolosos o culposos. En lo que aquí nos interesa, es imprescindible tener en claro la diferencia entre los delitos de peligro concreto y abstracto, lo que se vincula con la cuestión de si el tipo penal implica o no la producción de un resultado de peligro. En caso de que la ley exija que el objeto de bien jurídico efectivamente entre en peligro, estamos frente a delitos de peligro concreto y en aquellos supuestos en que la punibilidad no depende de que se haya producido una situación crítica para el bien jurídico, hablamos de delitos de peligro abstracto, pues en estos últimos se pena una acción por su conocida peligrosidad.

Para la configuración del delito aquí analizado es necesaria la “puesta en peligro de la vida o la salud de otro”, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que el sujeto activo deba mantener o cuidar, o a la que el mismo autor haya incapacitado. Por tal motivo, nos encontramos ante un delito de peligro concreto. (Bisio, 2020):

El delito previsto en el art. 106 del C.P. es de peligro concreto, razón por la que se discierne que, de un lado, al autor habrá de serle factible objetivamente evitar el riesgo, mientras que, por otra parte, el sujeto pasivo debe hallarse imposibilitado de recibir la asistencia inmediata de otra persona. (...) En rigor, el peligro concreto tampoco hubo de verificarse, a raíz de que, en previsión de lo que pudiera suceder, la propia querellante afrontó la adquisición del instrumento médico que necesitaba su madre. (...) Descartado que la conducta de la imputada hubiera importado la creación del peligro concreto al que se aludió, es claro que el resultado muerte ninguna relación guarda con la primigenia atribución (CN Crim. y Correcc., Sala VII, c. 32.323, “Scarvaglieri, Jacqueline”, rta. el 12/1/2007).

## Los modelos legislativos ante el abandono de personas

El Código Español no contiene una figura idéntica a nuestro artículo 106. Sin embargo, dentro de las figuras más próximas al mismo podemos destacar en sus artículos 229 a 231 el delito del abandono de menores de edad, el cual constituye un tipo específico dentro del abandono de familia. La acción típica consiste en una conducta activa u omisiva que suponga el abandono del menor, privándole de los cuidados que precisa y provocando una situación de desamparo por parte de quien se responsabiliza de su guarda y custodia. Esta situación supone por sí misma un riesgo para el menor, por lo que el ordenamiento jurídico protector de la infancia dispone medidas de protección mediante intervenciones de carácter administrativo que las leyes regulan y los profesionales de los servicios sociales han de aplicar.

El Código Penal Alemán (Strafgesetzbuch) habla en su artículo 221 sobre exposición y abandono de personas, ubicándose en la sección decimosexta relativa a hechos punibles contra la vida y sanciona determinadas conductas que conducen a poner en peligro la vida e integridad corporal de ciertas personas. En particular, sanciona a

Quien ponga a una persona en situación de desamparo, o la abandone en situación de desamparo, aunque esté bajo su custodia o esté obligado de otra manera para asistirle y la exponga de esta forma al peligro de muerte o a un grave perjuicio de salud, será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. ( Strafgesetzbuch, 1998)

Modalidad básica que constituiría un delito de peligro, señalando a continuación sus agravantes para aquellos casos en que se produzca una lesión corporal o la muerte del sujeto pasivo, bajo la modalidad de un delito preterintencional.

Luego, las conductas típicas de la modalidad básica son dos, las que tienen en común que *“tienen que poner a la víctima en una situación de desamparo o bien dejarla en esa situación”*. Al respecto se ha afirmado que la víctima se halla en tal circunstancia cuando *“no puede aventar por sí misma un peligro grave para su vida –y, según la opinión dominante, también*

*para su salud—*”. Y es producto de tal exigencia que la doctrina alemana califica este delito como de peligro concreto.

El Código Penal Colombiano dispone en su artículo 127 el delito de abandono de personas menores y personas desvalidas. Es así que *“el que abandone a un menor de doce años o a persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma, teniendo deber de velar por ellos, incurrirá en prisión de 2 a 6 años”*.

De manera similar a la redacción de Colombia y a la nuestra, el Código Penal de Honduras establece en su artículo 139 el abandono de niños y personas desvalidas.

Realizando un análisis podemos observar cómo, en más o en menos, el delito de abandono de personas tiene una regulación similar en los distintos países ya que la protección de los códigos se dirige a sujetos pasivos específicos en estado de vulnerabilidad.

## Acción típica

En nuestro Código Penal la acción típica del abandono de personas no consiste en abandonar (verbo que significa desentenderse, dejar de lado un objeto, un interés o una obligación, desamparar o resignar) como parece indicarlo el título, pues lo esencial es poner en peligro la vida o la salud de otro. El colocar en situación de desamparo o abandonar a su suerte son las formas tipificadas de crear riesgo para esos bienes. De manera que el delito se comete tanto haciendo nacer la amenaza por desamparo, como abandonando a su suerte a la víctima.<sup>78</sup>

La acción típica se describe como una conducta pasiva, es un “NO HACER”, el autor desobedece un mandato imperativo.

Desde la mirada de la clasificación de los tipos por la forma de la acción, ambas son formas comisivas, pues violan normas prohibitivas: no desamparar, no abandonar. Enfocando el análisis a la conducta puramente material. En el primer caso hay un actuar positivo: colocar en situación de desamparo; en el segundo, un no hacer: abandonar a su suerte a la víctima.

La acción típica se agota con la creación de la situación de peligro producto del desamparo o el abandono, pero para que aquella se produzca el riesgo debe ser efectivo; por lo que el simple hecho de apartarse del sujeto pasivo no constituye delito, si existen terceros que asumen el cuidado, haciendo así que la vida o la salud no hayan estado comprometidas. El abandono a su suerte implica que solamente el azar de circunstancias propicias podría hacer que, por sí misma, la víctima hubiese superado la exposición en que se la ha colocado o a la que ha sido abandonada.

Ahora bien, si analizamos la acción típica a la luz de la película en cuestión, veremos cómo dicha acción encuadra en la figura del artículo 106 dado que, el juez Palmer, al chocar a la

<sup>78</sup> Abandono de personas, por Marco Antonio Terragni, Código Penal Comentado de libre acceso, Asociación Pensamiento Penal <https://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37492-art-106-108-abandono-personas-y-omision-auxilio>

víctima en una ruta oscura, en un día de lluvia y darse a la fuga; no solo coloca al sujeto pasivo en una situación de desamparo, sino que, a su vez, lo abandona a su suerte.

## Doctrina nacional

Núñez dice que el apartamiento del autor del ambiente donde está la víctima puede hacerse mediante un hecho positivo – yéndose del lado de la víctima – o negativo – no acudiendo al lado de la víctima – de abandono. Pero luego aclara que el autor está calificado (sólo puede serlo quien deba mantener o cuidar a la víctima) porque el delito implica una omisión de los deberes de derecho y resguardo.

Soler, por su parte, afirma que, si bien es posible el abandono sin desplazamiento, sólo lo es a condición de que el sujeto, en forma positiva, aísle del medio a la persona a la cual él no ayuda, debiendo hacerlo. Con esta concepción se evita el riesgo de llamar abandono a cualquier omisión de deberes, identificando el abandono de un deber con el abandono de una persona. Luego explica que el delito se consuma dejando a su suerte a una persona, y que la obligación subyacente es la de no dejar que, a su vez, está constituida por la preexistente obligación de mantener o cuidar. Esta postura es seguida por Creus y Mercado.

Molinario y Aguirre Obarrio sostienen que la acción común a todos los casos es “poner en peligro”, de carácter positivo, y que esa acción reclama, además, otras acciones u omisiones típicas. Afirman que en el segundo tipo – abandonar a su suerte – se trata de una obligación de hacer, que no se cumple. El sujeto activo está obligado a no abandonar a su suerte a otro, es decir, está obligado a prestarle cuidados. Pero el Derecho no puede establecer la obligación de ayudar a todo el mundo, de manera que solo impone la de no abandonar a ciertas personas.

La jurisprudencia ha sostenido estos criterios, así se dijo que:

Privar la asistencia, auxilio o dedicación al que dependa del que se la debe prestar, o tenga la obligación de hacerlo, proponiendo una situación de peligro o consumándolo, es la configurante del delito de abandono de personas<sup>79</sup>. Y con igual base se dijo que “carece en absoluto de tipicidad delictiva el accionar de la imputada que subrepticamente entrega el bebé de pocos meses de vida, y a cuyo cargo se encontraba, a su hija menor de 14 años, madre de aquél, y huye del lugar donde ésta se encontraba, la casa de familia donde la menor se desempeñaba como doméstica, habida cuenta de que en ningún momento el presunto abandonado ha corrido peligro alguno y no se ha dado ninguna de las pautas que señala el artículo 106 del Código Penal para que se conforme la conducta que él sanciona.<sup>80</sup>

<sup>79</sup> Cám. Pen. de Santa Fe, sala III, 16-11-83, “S., M. S. y otro”, E. D. del 11-6-84, p. 4.

<sup>80</sup> Cám. 4° Crim. de Mendoza, 3-4-84, “Fiscal c/ S.”, L. S. 6-102, citado por ESTRELLA Y GODOY LEMOS, ob. Cit., t. I, ps. 306 y ss.

## Tipo objetivo

Cabe decir que, la imputación objetiva, es una teoría que anticipa el juicio de antijuricidad toda vez que es un discernimiento de imputación que supone atribuir normativamente el resultado al autor, prescindiendo de todo dato subjetivo, partiendo de una causalidad natural que deviene en condición necesaria pero no suficiente y sobre la que se debe hacer una interpretación con un juicio de adecuación típica (juicio de imputación) donde se usan correctivos normativos.

**Sujeto Activo:** El sujeto activo en este delito será el autor material; pero no se completan los requisitos típicos con la simple condición personal, sino que debe estar presente el elemento normativo consistente en la obligación del agente de mantenerla o cuidarla. Ese débito se extiende, de manera tal que, si el mismo autor la hubiese incapacitado, debe abstenerse de dejarla en desamparo o abandonarla; y esto último es precisamente lo que sucede en la película.

Esa obligación que mencionamos es denominada “posición de garante” y puede provenir de la ley o de un contrato, o de una conducta precedente del autor que le obligue a garantizar la incolumidad personal de la víctima (en el caso que analizamos sería provocar el accidente por el cual la víctima aparece muerta).

Cuando hablamos de la posición del garante, no hablamos de un compromiso moral, sino de un deber cuyo acatamiento se exige bajo amenaza de que se pondrán en movimiento los mecanismos estatales para castigar de alguna manera al infractor. Como resulta obvio, cualquiera sea el supuesto fáctico con trascendencia al mundo del derecho, la persona sobre la que recae el compromiso de actuar, no tiene el deber de evitar el resultado, sino el deber de hacer lo que esté a su alcance para que, la actuación que ha sido impuesta con la finalidad de evitar que dicho resultado acontezca. Lo prohibido, entonces, no es el resultado, sino no realizar, quien tiene el deber jurídico de emprenderla, la actuación menester y posible, para que no tenga lugar el efecto al que se refiere el tipo de la ley penal. (Carrara, 2013, pág. 13)

En el caso del abandono de persona en su modalidad de omisión, nos encontramos con dos supuestos: por un lado, cuando el tipo penal dispone quien pone en peligro la vida o la salud de otro, “abandonándolo a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar”; mientras que el otro supuesto a trabajar es cuando se trate de una persona a la que “el autor haya incapacitado”.

En lo que respecta al primer supuesto, no hay duda que el tipo penal incluye cualquier situación de garante derivada de la ley, es decir, nos encontramos aquí ante la ley como fuente del deber de garante: y esto porque si bien constituye un elemento del tipo abierto, algunos autores entienden que se alude a los casos de posición de garante por ley o por aceptación voluntaria.

Diferente es la hipótesis vinculada a los casos en que “el autor haya incapacitado”, pues es ahí donde nos encontramos como fuente con la conducta precedente que, en rigor de verdad, se basa en que la ley le impone al sujeto la obligación de seguir actuando, en consonancia con

lo que se hizo antes, pero en sentido contrario: esta vez para contrarrestar el peligro que generó la conducta previa.<sup>81</sup>

Existe una fuerte controversia acerca de la constitucionalidad de la llamada responsabilidad penal por omisión impropia. Los cuestionamientos constitucionales se basan en que, por un lado, usualmente en los tipos de la parte especial no se ha previsto expresamente la responsabilidad por omisión. Es decir, estos tipos penales no se encuentran legalizados, de modo que recae en el juez la potestad de completar la falta de previsión legal, encontrándonos ante lo que se ha denominado tipo penal abierto. Y la situación del Código Penal argentino es aún peor, pues no existe una cláusula legal que establezca en qué situaciones una persona asume la posición de garante ni tampoco cuándo la omisión puede ser equivalente a la acción prevista en el tipo.

Sin embargo, en lo que aquí nos interesa, las críticas constitucionales mencionadas no resultan aplicables al delito de abandono de persona, pues justamente nos encontramos ante un caso en el que, en la descripción de la parte especial, se ha estipulado legalmente en qué situaciones se tiene una posición de garante. Es decir, en el delito en estudio, surge una tipificación expresa de la omisión en el Código Penal, lo que resulta respetuoso del principio de legalidad.

**Sujeto Pasivo:** En cuanto al sujeto pasivo, puede ser cualquiera a quien se coloca en situación de desamparo. Debe tratarse de una persona incapaz de valerse, a la que se abandona.

Lo que no surgía del texto originario de la ley ni de sus antecedentes, era la posibilidad de considerar sujeto pasivo a una persona que físicamente se encontrase en buenas condiciones, respecto de la cual el peligro básicamente proviniese del lugar en que hubiese sido dejada desamparada. En un hecho así había que analizar el dolo del agente, que podía ser de homicidio o de lesiones, según el caso. La norma vigente, originada en la ley 17.567 y que contempla separadamente el poner en peligro a otro colocándolo en situación de desamparo, permite abarcar el caso. (Soler, pág. 177)

## Tipo subjetivo

El abandono de persona es un delito doloso. El dolo consiste en el conocimiento y en la voluntad de que se produzca la situación riesgosa; nada más. Si el propósito fuese el de lesionar o el de causar la muerte -utilizando como medio el colocar en desamparo- habría homicidio o lesiones si esos resultados se concretaran, o tentativa, en su caso.

---

<sup>81</sup> Ma. Claudina Bisio: *“En el delito de abandono de persona, únicamente puede reputarse como fuente de la posición de garante a la ley, aunque en el concepto de ley no se incluye solo la ley formal emanada del Congreso de la Nación, sino cualquier norma jurídica que establezca un deber de protección o vigilancia. Tanto la aceptación voluntaria como la conducta precedente constituyen fuentes de la posición de garante, pero sólo porque tienen base legal. En cambio, la comunidad de vida y la comunidad de peligro no constituyen fuentes de la posición de garante, excepto que en el caso concreto surja que en realidad haya existido una aceptación voluntaria del aludido deber.”*

Cabe hacer alusión a lo sostenido por reconocida doctrina, en tanto como los tipos omisivos que son indispensables para que cobre vigencia el mandato de actuar... el dolo comprende el conocimiento de la situación en la que estaba la víctima y en la que queda, y el peligro que correrá su vida o su salud. El autor debe tener dolo directo de abstenerse de ayudar y conocer la posición de garante que ocupa y las características exigidas respecto del sujeto pasivo (D'Alessio Andrés J., Director en "Código Penal Comentado y Anotado", La Ley, pág. 136/137, con cita de otros autores de la materia: Zaffaroni, Alagia y Slokar, Molinario y Donna)<sup>82</sup>.

Núñez y Creus consideran que el dolo requerido por la figura es directo como también puede ser eventual. Eberhard Struensee, lo define del siguiente modo: "el dolo de puesta en peligro o bien 1) es identificado con la llamada imprudencia consciente, o bien 2) es concebido como dolo de lesión en la forma de dolo eventual. Más allá de ello, hay clasificaciones que agregan a estas categorías corrientes otra forma autónoma de dolo: Se ubica al dolo de puesta en peligro 3) o bien «entre» el dolo eventual y la imprudencia consciente, o bien 4) «entre» el dolo eventual y el dolo directo".

## Consumación y tentativa

El delito de abandono de persona se consuma cuando se ha creado una situación de peligro para la vida o la salud de la víctima por parte del agente. En cuanto a la tentativa, ésta surge sí a razón de las conductas desplegadas por el sujeto activo, corrió efectivamente peligro la víctima, ya que estos constituyen actos ejecutivos.

## Agravante

En el segundo párrafo del artículo, y su primer agravante, podemos observar cómo se genera un problema en torno a la expresión "grave daño", que no significa lo mismo que lesión grave o gravísima, sino que refiere a un importante perjuicio en el cuerpo o en la salud (Núñez, pág.94). Esta desvinculación del concepto respecto de los distintos tipos de lesiones, hace que se apliquen las penas del abandono de persona siempre que resulte un grave daño en el cuerpo o en la salud, lo que es coherente con el dolo del sujeto, que se limita a la puesta en peligro y que no abarca las lesiones graves o gravísimas.

Con respecto al tercer párrafo, cuando ocurriere la muerte del sujeto (observemos como el código menciona la muerte y no un homicidio, refiriéndose al dolo del autor, es decir, a su intención), la escala penal se agrava en su mínimo y en su máximo.

<sup>82</sup> CAUSA N° 4895, "Mariana BUCHNIV; Yanina Graciela GOGONZA; Vanina Gisela DIAP; Noemí Elizabeth NUÑEZ; Noelia Soledad GALLARDO s/ abandono de persona agravado por el resultado, lesiones y amenazas", Tribunal en lo Criminal N°4, año 2018.

Imaginemos que en la película con la que venimos trabajando se aplica el Código Penal Argentino, de ser así, encontraríamos al Sr. Palmer culpable del delito de abandono de persona agravado por la muerte de la víctima.

Respecto a su aplicación práctica, esta disposición ha recibido una especial consideración por parte de aquella postura doctrinal que considera, ante la ausencia de una cláusula general de comisión por omisión, vinculado además a la configuración del delito de homicidio como una conducta activa, que en casos como los que procederemos a mencionar, se proponga la aplicación del artículo 106. Postura que, si bien sería minoritaria, *“no genera lagunas de punición intolerables”* (Soria, 2009, pág. 142). En consecuencia y para tal postura, ello

(...) refleja la imposibilidad de estimar, a través del Código Penal Argentino vigente, que una conducta omisiva estricta, aun direccionada a conseguir que otra persona muera, sea imputable por vía de un tipo de causación. Tal opción vulnera (según el parecer de Soria) el principio de legalidad desde, al menos, dos flancos: i) por violación a la *lex scripta*, en tanto el deber de garante no se encuentra previsto en la ley y, su sostenimiento, provendría, así del derecho consuetudinario; ii) Por conculcar la *lex stricta*, pues responde a una interpretación analógica *in malam partem* -vedada- del tipo, en razón de que la posición de garante no es un elemento del tipo objetivo de los homicidios dolosos de nuestro Código Penal. (Soria, 2009, pág. 142)

Para ilustrar la postura señalada, Soria cita casos conocidos por la jurisprudencia argentina, entre ellos, el caso Cabral consistente en la conducta de una madre respecto de su hijo de nueve meses a quien no defendió de las agresiones de su pareja, las que finalmente le causaron la muerte. Agrega que

(...) en dicho decisorio, a través del destacado voto del Dr. Ghione, se sostuvo que la condena de Cabral como autora de homicidio agravado por el vínculo (artículo 107) no era sostenible desde el principio de legalidad, pues la acusada no había matado, sino que, por el contrario, en conocimiento del riesgo de muerte de su hijo por parte de las agresiones de su concubino, dejó que ello se mantuviera así, en franca confrontación al deber previsto en artículo 264 incisos 2° y 4° del Cód. Civil. Con tal actitud (omisión), puso en peligro la vida de su hijo, abandonándolo a su suerte y resultando de ello su muerte” (Soria, 2009, págs.145/146).

Acusada que fue condenada como autora del delito de abandono de personas, en su modalidad calificada, del párrafo 3° del artículo 106 y artículo 107.

Por último, el artículo 107 contempla el supuesto del abandono con sujetos específicos, es decir, cuando se coloque en situación de desamparo o se abandone a su suerte a un hijo, siempre y cuando el actor sea el padre; o cuando los hijos cometen dicha acción contra sus padres.



Este tipo penal lo podemos analizar en el film *Mi Pobre Angelito*. La película comienza con una cena en la víspera de un viaje que se pensaba realizar para celebrar la Navidad en Francia. Mientras la familia estaba enfocada en los preparativos del viaje y de la cena, Kevin (8 años) interrumpe una reunión de sus hermanos Buzz y Jeff con sus primos mayores, aunque finalmente lo hacen participar. Allí intentan influenciarle miedo, contándole historias sobre "El Hombre de la Sal", un anciano que dedica su tiempo a limpiar la nieve de las veredas por las noches y sobre el cual inventan historias sobre cómo asesinó a su familia. Durante la cena, Kevin debe soportar las burlas de su hermano mayor Buzz, el maltrato de su aborrecible tío Frank, y un castigo de parte de su madre Kate al causar un desastre en la cena. A la mañana siguiente, y muy apurados, la familia va al aeropuerto y se olvida de Kevin. Es así que el niño se despierta solo en su casa, quedando para en el caso en concreto, abandonado a su suerte.

## Bibliografía

- Bisio, Ma. Claudina, 2020 *"La posición de garante en el abandono de personas"*.
- CARRARA, F., *Programa del Curso de Derecho Criminal*, San José de Costa Rica, ILANUD, 2000.
- CAUSA Nº 4895, "Mariana BUCHNIV; Yanina Graciela GOGONZA; Vanina Gisela DIAP; Noemí Elizabeth NUÑEZ; Noelia Soledad GALLARDO s/ abandono de persona agravado por el resultado, lesiones y amenazas", Tribunal en lo Criminal Nº4, año 2018.
- Gil Belloni Agustina, 2011 "Algunas precisiones en torno al delito de abandono de personas", Concurso de Ponencias – Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal.
- Núñez, *Manual de derecho penal*.
- Soria, Juan Manuel, *La omisión en el sistema penal. Relación entre las figuras de homicidio y abandono de personas* (Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2009).
- Rossi, M. Mercedes *Doctrina: El delito de abandono de personas seguido de muerte*, *microjuris.com*, Julio 2020.
- Soler, Derecho penal argentino.
- Terrani, Marco Antonio. Abandono de personas, Código Penal Comentado de libre acceso, Asociación Pensamiento Penal
- Torres Sandoval, Javiera. Delito de Abandono de Personas Desvalidas, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIII* (Valparaíso, Chile, 2º semestre de 2014) [pp. 261 - 294].

## CAPÍTULO 12

### Artículo 108: Omisión de auxilio. *Charlie y la fábrica de chocolate*

*María Dolores Amaya*

Willy Wonka es el excéntrico dueño de la más famosa fábrica de chocolate “*Wonka Chocolates*”, quien decide anunciar la celebración de un concurso por el cual cinco afortunados niños, junto a sus acompañantes, podrán tener una visita única a la fábrica. El mismo consistía en encontrar unos billetes dorados escondidos en el interior de cinco tabletas de chocolate *Wonka* al azar.

El primer afortunado es Augustus Gloop, un niño oriundo de Alemania y adicto a los chocolates, le siguen Veruca Salt, Violet Beauregarde, Mike Tevé y finalmente Charlie Bucket.

Una vez dentro de la fábrica los niños quedan deslumbrados al ver los artilugios creados por el señor Wonka, todos comestibles; desde montañas de caramelo de dulce de leche, a arbustos en donde crecen bombones de cereza y malvaviscos, hasta un río de chocolate.

Es en este río en donde tendremos la primera travesura de los niños, ya que Wonka los invita a probar todo lo que quieran, desde los árboles hasta el césped, pero les advierte que tengan cuidado. Augustus es el primero en desesperarse y querer comer todo lo que encuentra hasta que, sin escuchar las advertencias del Sr. Wonka, se inclina a beber chocolate del río; su madre y Wonka comienzan a advertir la situación y pedirle que deje de hacerlo. Finalmente, Augustus cae en el río, su madre a los gritos le pide ayuda a Willy Wonka, quien solo observa como el niño comienza a ahogarse en el mismo hasta que es succionado por un tubo que conecta a toda la fábrica para batir los distintos sabores con el chocolate.

Para dar inicio al análisis de esta historia y el artículo en estudio debemos saber que se trata de un delito de omisión propiamente dicha, es decir, se obliga al sujeto a la realización de una determinada conducta, como, por ejemplo: prestar ayuda a quien se encuentra en una situación de peligro grave y manifiesta. Este es el caso de la película en análisis.

**Artículo 108:** Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta (\$750.-) a pesos doce mil quinientos (\$12.500.-), el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez (10) años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad.

## Antecedentes

Este artículo proviene del Proyecto de 1891, que reconoce su fuente en el Código Italiano de Zanardelli, cuyo artículo 389, tipo penal de omisión de socorro, que se convertiría en modelo de casi todas las modificaciones registradas con posterioridad en la legislación comparada, preveía:

El que, encontrando abandonado o extraviado a un menor de 7 años o a otra persona, incapaz por enfermedad mental o corporal de valerse por si misma, omite dar aviso inmediato a la autoridad o a sus agentes, será castigado con multa de... La misma pena será aplicable a quien, encontrando a una persona herida o de otro modo en peligro, o un cuerpo humano que esté o parezca inanimado, omite prestar la asistencia necesaria, o dar inmediato aviso a la autoridad o a sus agentes, cuando esto no lo exponga a daño o peligro personal.

## Los modelos legislativos ante la omisión de auxilio

El Código Penal Español dispone en sus artículos 195 y 196 la omisión del deber de socorro; dicho deber constituye un reproche desligado de cualquier relación con bienes jurídicos en peligro. El reproche se eleva a la categoría de delito cuando se falta a los deberes de solidaridad frente a una situación determinada, concreta y restringida, es decir, ante un peligro inminente y grave para una persona desamparada, que se ve afectada por una situación que pueda poner en riesgo su vida. La omisión del deber de actuar es reprochable precisamente por la insensibilidad ante esta situación que tiene que ser lógicamente conocida por el autor y no obstante ello abstenerse de intervenir pudiendo hacerlo.

La doctrina italiana concibió el contenido material del injusto como lesión o puesta en peligro de determinados intereses vitales, diciendo entonces que el objeto de protección del delito de omisión de socorro estaba constituido por el interés relativo a la asistencia que debe ser prestada por consideraciones de solidaridad social. Pero igualmente no reina en la literatura unanimidad respecto de cuál sea el interés protegido, ya que mientras para Manzini el objeto específico de tutela es el *“interés del Estado concerniente a la seguridad de la persona física”*, Pannain afirma que *“el interés protegido es aquel relativo a la tutela de los bienes vida e incolumidad individual”*, y Guarneri alude al interés a la vida y a la integridad personal de los individuos.

En la doctrina alemana también encontramos distintas vertientes, pues mientras Welzel sostiene que el objeto que se protege en la omisión de auxilio es la seguridad pública, en tanto que el particular que corre peligro es protegido solamente como parte de lo público, pero no como titular individual, Maurach habla de la solidaridad humanitaria como objeto de protección.

Esta disparidad de criterios se ha visto reflejada en la ubicación que las distintas legislaciones le han dado a este tipo: mientras nuestro Código Penal actual lo coloca entre los delitos contra las personas, el proyecto de Tejedor lo distinguía contra las libertades individuales; el nuevo Código Penal español le da entidad propia, el holandés contra las buenas costumbres, el ordenamiento alemán frente al orden de las familias, y otras legislaciones lo situaron en los delitos contra el estado civil y el orden de las familias.

## Acción típica

En el delito de omisión de auxilio la acción típica consiste en omitir el auxilio. Quienquiera que descubra perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro debe prestarle el auxilio necesario. Solamente puede eludir la exigencia si el hacerlo significa un riesgo personal, o le es factible no prestar ayuda reemplazándola con un aviso que ha dado inmediatamente a la autoridad (Terragni)<sup>83</sup>. Esta situación de “encontrar”, que se menciona en el artículo, no indica simplemente el hallazgo casual, sino encontrarse con la situación de riesgo. Así, el autor de este delito puede haber estado acompañado por quien, en determinadas circunstancias, termina siendo víctima de este delito.

Llevando este supuesto a la película en análisis, podemos observar cómo Willy Wonka está con Augustus, quien se encuentra en una situación de peligro al caerse al río de chocolate y aquél no solo no le presta el auxilio necesario, sino que tampoco da aviso a la autoridad.

Ahora bien, no solo incurre en este delito quien omite auxiliar, sino también quien es llamado para conjurar el peligro y no concurre (siempre que no implique un riesgo personal). Tanto más sí esa ayuda es solicitada a aquellas personas que, por su profesión, deben velar por la salud ajena, como es el caso del médico. ¿Y esto cómo se grafica?, supongamos que el Sr. Wonka no le presta el auxilio necesario a Augustus porque no sabe nadar, pero, llama inmediatamente a los bomberos o a una ambulancia; si éstos no llegarán a presentarse, incurrirán en el delito de omisión de auxilio.

## Tipo objetivo

**Sujeto Activo:** El sujeto activo en el delito de omisión de auxilio puede ser cualquier persona, es decir, es delicta comunia, incluso aquél que por su estado o función está obligado a prestar auxilio. Esto es así debido a que impone un deber fundado exclusivamente en la solidaridad. El que incurre en este delito no es el generador de la situación de peligro, como lo es en el caso del abandono de persona, sino que se encuentra con ella.

<sup>83</sup> Omisión de Auxilio, por Marco Antonio Terragni, Código Penal Comentado de libre acceso, Asociación Pensamiento Penal <https://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37492-art-106-108-abandono-personas-y-omision-auxilio>

**Sujeto Pasivo:** En cuanto al sujeto pasivo, los tenemos delimitados al “menor de 10 años” en la primera parte y, a la “persona”, en la segunda. En el primer supuesto, éste debe estar perdido (porque carece de los medios para dirigirse a un destino determinado o no sabe en dónde está) o desamparado (no puede proveerse, él o un tercero, de los auxilios que necesita en su actual condición o situación) poniendo así en riesgo su vida y su salud. En el segundo supuesto, la persona, puede ser cualquiera que se encuentre herida, por un daño en el cuerpo que le impide proveerse de los auxilios que necesita; inválida, debido a que no puede valerse libremente de su actividad física para procurarse los auxilios; o, amenazada de un peligro cualquiera cuando existan hechos de la naturaleza o del hombre mismo que amenazan su integridad física.

## Tipo subjetivo

El delito de omisión de auxilio es doloso. El dolo requiere el conocimiento de la situación de la víctima y la voluntad de no prestar el auxilio pese a la ausencia de riesgo o no dar aviso a la autoridad.

Sin embargo, hay un sector, aislado, de la doctrina que admite la posibilidad de omisión de auxilio imprudente, en los casos de prestación de socorro insuficiente por negligencia y en los de retardo negligente en prestarlo o en demandar el auxilio ajeno. Pero esta concepción tiene una dificultad, que es que el tipo imprudente exige la producción de un resultado dañoso para el bien jurídico protegido, con lo que se hace incompatible la forma imprudente con un delito peligroso, cuya acción típica es una simple omisión. Además, el legislador no lo ha redactado de acuerdo a la forma tradicional de tipo imprudente que podemos apreciar en el artículo 84 o 94, como tampoco estableció la distinta penalidad para el caso de que fuera doloso o imprudente.

El elemento intelectual del dolo está representado por el conocimiento de estar en presencia de un niño perdido o desamparado o de una persona en peligro, y por la previsión de que omitiendo el auxilio se deja subsistente la situación de peligro.

El elemento volitivo se compone de la voluntad de omitir el socorro y dejar inmutada la situación de riesgo en que se halla el niño o la persona en peligro, siendo indiferente la finalidad que el autor persiga con la omisión.

Es indistinto que el sujeto se haya representado, o no, ante cualquier posible consecuencia lesiva para la vida o la integridad física de la persona en peligro. Una ulterior derivación de esta índole en que pueda desembocar la situación de peligro, por no haberse prestado el auxilio, no pertenece al tipo. Es suficiente el dolo eventual. (Donna, pág. 442)

## Excepción a la punibilidad

Con respecto a la excepción a la punibilidad, ésta se encuentra en el apartado “*cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal*”, ya que nuestro Código Penal no admite héroes; esto es, no admite conductas altruistas ante la existencia de un riesgo propio.

El riesgo personal debe existir, ser cierto, grave y mediato. De ninguna manera el actor podrá desligarse de su obligación de actuar por “dar aviso inmediatamente a la autoridad” debido a que éste es el último recurso y de no existir un riesgo para sí, deberá prestarle el auxilio necesario.

En el caso de la película en análisis, el actor (Wonka) debería haberle prestado el auxilio necesario a la víctima (Augustus) porque no implicaba riesgo alguno para su persona; ya con el simple hecho de no haberlo auxiliado el delito queda consumado. Ahora bien, sí, como mencionamos anteriormente, aquél no supiese nadar, podría haber reemplazado su obligación de auxiliar, por la existencia de riesgo propio, dando inmediato aviso a la autoridad.

## Consumación y tentativa

El delito de omisión de auxilio se consuma con la simple omisión, es decir, la abstención de la actuación que constituye un deber legal, sin la necesidad de que se haya producido resultado alguno. La consumación existe, aunque la víctima haya sido socorrida por un tercero que la encontrase inmediatamente después de que el actor no actuó o que la misma víctima haya logrado eludirlo.

En cuanto a la tentativa, al ser un delito de omisión propia, ésta no es admisible. Lo mismo sucede con la participación, debido a que se pone a cargo de todos los autores de la omisión el deber de responsabilidad por igual.

## CAPÍTULO 13

### Inconcebible

*Andrea V. Quaranta*

Que se puede hacer cuando las estrellas caen<sup>84</sup>

Los abusos sexuales entran en el plano de lo inenarrable, por lo profundo de las huellas que suelen dejar; los sentimientos de vergüenza, miedo, asco o culpa; la dificultad para reconocerse como víctima por parte de quienes los sufrieron. Y de lo inconcebible por la imposibilidad, por parte de quienes no los vivieron, de imaginar qué se siente o piensa, de "ponerse en el lugar del otro " ya sea de la víctima como de la persona agresora.

Sin embargo, como en tantas ocasiones, el arte acude en nuestra ayuda.

Dice Recassens (1999) que

(...) el artista en alguna medida actúa como vocero de sentimientos colectivos que yacen en la conciencia o en la subconciencia de los demás. En este aspecto, el artista puede ser una especie de portavoz o amplificador de lo que sienten y prefieren las gentes...

Respecto de los abusos sexuales se han dicho y escrito infinidad de ideas y conceptos, en medio de disquisiciones que van desde el nombre con el que se los denomina hasta las modalidades de abordaje para la prevención y tratamiento posterior de las víctimas y agresores (entre quienes consideran que esto es posible).

Las más diversas disciplinas se han ocupado y se ocupan de esta problemática, así como los medios de comunicación masivos. Pero también mucho se ha dicho a través de las expresiones artísticas. De modo explícito o no, por medio de películas, canciones, poesías, novelas, cómics y hasta dibujos animados<sup>85</sup> hay expresiones sobre los abusos sexuales.

Este trabajo pretende analizar estas representaciones, marginales desde los ámbitos académicos, pero que probablemente reflejen la opinión de la sociedad que las celebró, premió o criticó. Y que tal vez hayan abonado, inconscientemente, los prejuicios o puntos de partidas de los profesionales que se ocupan de esta problemática.

<sup>84</sup> Canción "Qué se puede hacer, salvo ver películas", de La máquina de hacer pájaros, publicada en el álbum "Películas", Argentina, 1977

<sup>85</sup> La serie de dibujos animados "South Park" dedica varios capítulos al tema. Entre ellos: Episodio 6 Temporada 3: El panda del acoso sexual; Episodio 5 Temporada 4: Cartman se une a NAMBLA; Episodio 8 Temporada 6: Amor católico candente.

## Enfoque preliminar

Me resulta imprescindible referirme, siquiera mínimamente, a las representaciones artísticas y su interrelación con las realidades sociales. Un abordaje completo del tema sería material suficiente para un extenso trabajo individual, por lo que me limitaré a un breve marco conceptual.

## Representaciones artísticas

El arte ha existido desde que hay humanidad. Investigadores de diversas disciplinas no dudan en afirmar que ninguna sociedad, por rudimentaria que haya sido, ignoró el arte.<sup>86</sup>

Se le asignan diferentes funciones: entretenimiento, expresión del espíritu, búsqueda estética. Se considera que *“las artes son manifestaciones sensibles por medio de las cuales el hombre expresa a sí mismo lo que no puede formular de otra manera”* (Recasens, 1999, pág. 639)<sup>87</sup>.

Por lo tanto, abarca aspectos estéticos, morales, filosóficos e incluso religiosos. Desde un punto de vista, puede considerárselo como una actividad meramente individual. La idea del artista solo, creando un mundo que existe en su interior, buscando respuestas a preguntas que lo interpelan personalmente.

Pero también tiene un componente colectivo. No solo en cuanto al público destinatario de la obra creadora. Sino en cuanto a las influencias que el entorno tiene sobre el artista, aun cuando desarrolle su actividad en la más absoluta soledad e intimidad.

Puede afirmarse que, en la mayoría de los casos,

(...) está hondamente influido por la realidad social, por las estructuras colectivas, por los procesos sociales, por las costumbres y las convicciones imperantes, por los ideales sentidos y por los problemas planteados en la situación histórica concreta. (Recasens, 1999, pág. 647)

Me centraré entonces en este segundo aspecto: el arte en tanto representación de un ideario colectivo.

Como fenómeno complejo que es, abarca muy diferentes tipos de expresiones, que han ido variando a lo largo de los siglos, cobrando así algunas mayor valoración o prestigio, en cada época y lugar.

Más allá del análisis o rol de cada medio cultural o artístico en particular, hay cuestiones que, en la actualidad, los atañen globalmente:

<sup>86</sup> En este sentido, Reinach, Agramonte, Mendieta y Núñez, etc

<sup>87</sup> Recasens Fiches, op cit, p. 639



\* La importancia que lo visual ha adquirido en las sociedades contemporáneas. “*Se nos dice que vivimos en un mundo donde tanto el conocimiento, como muchas formas de entretenimiento, son visualmente construidas, y donde lo que vemos es tan importante, si no más, que lo ve oímos o leemos.*” (Hernández)<sup>88</sup>

\* La globalización: más allá de las tramas propias de cada cultura, han surgido culturas híbridas, combinación de productos culturales sin localización en específico y que forman parte de la industria cultural de masas que transforman la identidad tradicional.

\* El surgimiento de la sociedad tecnológica, que ha traído consigo nuevas condiciones del saber, del sentir, y una nueva socialización muy centrada en la imagen. Se han transformado la escuela y la familia marcando sus huellas con mayor nitidez en los niños y niñas del siglo XXI.

\* La variedad de aparatos y medios que con los años disminuyen de precio y se ponen al alcance de las mayorías.

## El arte como análisis y crítica

Los medios artísticos, pueden proporcionarnos una comprensión crítica de su papel y sus funciones sociales y de las relaciones de poder a las que se vincula, más allá de su mera apreciación o del placer que proporcionan. (Conf Hernández, op cit)

Esto se ha intensificado en los últimos treinta años.

Desde los inicios de la década de los noventa el mundo del arte ha comenzado a mostrar una serie de cambios que se percibían como incipientes en décadas anteriores. Ahora, de manera evidente, diferentes artistas optan por aparecer como “contadores de historias”, “rescatadores de voces silenciadas”, “cronistas de la cultura popular”, “espejos de la memoria” (Gili, 1998;). Además está surgiendo (o cuajando) una mirada “social” en un buen número de artistas, como Rineka Dijkstra (Barragán, 2000); Jeff Wall, Sophie Call, Jorma Puranen, Patrick Tato, que aprovechan su poder mediador desde lo visual para crear espejos en los que se refleja la realidad cambiante en la que estamos viviendo ( las formas de subjetividad en relación con ella). (Conf Hernández, op cit)

Por medio del arte, entonces, lo inefable del abuso sexual, puede ser mostrado.

<sup>88</sup> Hernández, Fernando, *La necesidad de repensar la Educación de las Artes Visuales y su fundamentación en los estudios de Cultura Visual.*

## Delitos contra la integridad sexual

El bien jurídico protegido, a partir de la reforma del año 1999 (ley n° 25.087) es la integridad sexual. Se podría precisar que esa concepción aplica a las personas menores de edad y que en el caso de las mayores, lo que se protege es la libertad sexual.

Se ha sostenido que

Esta innovación de la denominación del Título no ha sido naturalmente una cuestión meramente formal o de estilo, sino que ha respondido, al tiempo que a un cambio de ideología acerca de la intervención del Estado en el ámbito de la sexualidad de los individuos, a la voluntad de dotar de mayor contenido al bien jurídico y hacerlo más compatible con las exigencias de un derecho penal propio de un estado de derecho cuyas bases se asientan en el marco de las líneas directrices impuestas por la reforma constitucional de 1994, que están orientadas, ciertamente, hacia un Estado protector de las libertades individuales entre las que se inserta, precisamente, la libertad sexual (Buompadre, 2000, pág. 333).

En este orden de ideas, es dable destacar que el "bien jurídico protegido en... [el] tipo de abuso sexual [del art. 119 primer párrafo C.P.] es la libertad sexual de las personas, que se ve agredida en el derecho que cualquiera tiene de realizar su actividad sexual de acuerdo a su propia voluntad y con relación a sus propias preferencias personales... [Además, e]l abuso sexual es una agresión sexual violenta, distinta del acceso carnal, ejecutada contra una persona, contra su propio querer consiente" (Buompadre, op.cit., pág. 342).

En igual sentido se manifiestan Víctor F. Reinaldi.... (Voto de los Dres. Lutz y Sodero Nievas)<sup>89</sup>

El tema del consentimiento se vuelve así el punto central. Su presencia o ausencia definirá que haya o no delito.

## El consentimiento

Podemos decir que el consentimiento es la comunicación verbal o no verbal dada libremente de la sensación de deseo de participar en una actividad sexual. Como tal, debe ser brindado con convencimiento, libremente, informado. Es específico y reversible. (Yasim, 2021)

<sup>89</sup> STJ DE RIO NEGRO - S. 91/07 - "L., M. R. s/Abuso deshonesto s/Casación" (Expte. N° 21764/06 STJ), 01/06/2007. elDial.com - AX260D

El cortometraje *El consentimiento, tan simple como una taza de té*<sup>90</sup> explica con el ejemplo de algo tan cotidiano, y aplicando la técnica de llevarlo al absurdo, de qué hablamos cuando hablamos de consentimiento.

A lo largo de varias escenas ilustradas, con un locutor en *off*, se plantean las distintas opciones que pueden suceder si se ofrece a alguien una taza de té. El mismo ha sido adaptado a nuestro país, poniendo como bebida el mate<sup>91</sup>, y son estos textos los utilizados en este capítulo.

1) Imagínate que en lugar de sexo, habláramos sobre mate. Entonces vos preguntas “¿querés tomar unos mates?” y la otra persona responde “Sí, ¡me encantaría tomar unos mates!”. Entonces ahí sabes que la otra persona quiere mate.

2) Si le preguntas si quiere tomar mate y la otra persona está como “Mmmm, no estoy muy seguro...», entonces podés hacer unos mates o no, pero tenés que ser consciente de que la otra persona puede no tomarlo. Y si no lo toma, y esta es la parte importante- ¡No la obligues a tomarlo!”. No tenés derecho a forzarla a tomar mate.

3) Y si dice “No, gracias”, no hagas mate y ya está. No te enojés con ella por no querer tomar mate. Te lo dejó muy claro: no quiere mate.

4) También podría decirte “Sí, muy amable por tu parte” y cuando llega el momento se da cuenta de que no quería tomar mate. Es un poco molesto, porque hiciste el esfuerzo de hacer mate, pero sigue sin tener la obligación de tomarlo. Algunas personas cambian de opinión en lo que tarda en calentarse una pava de agua.

5) Y si está inconsciente, no le hagas mate. Las personas inconscientes no quieren mate y no pueden responder a la pregunta “¿querés mate?”. Y si cuando estaban conscientes te dijeron que sí querían, pero mientras calentabas el agua se quedaron inconscientes, ahora tu deber es tirar el agua y asegurarte de que estén bien,

6) En la versión inglesa hay una sexta situación: Si alguien dijo «sí» al té en tu casa el sábado pasado, eso no significa que quiera que le prepares té todo el tiempo. No quieren que vayas a su casa de forma inesperada y les prepares té y les obligues a beberlo diciendo «PERO TÚ QUERÍAS TÉ LA SEMANA PASADA», o que al despertarse te encuentres vertiendo té en su garganta diciendo «PERO TÚ QUERÍAS TÉ LA NOCHE PASADA».

La conclusión en ambas versiones es similar: “*Si eres capaz de entender lo absurdo que es obligar a la gente a tomar té cuando no quiere, y eres capaz de entender cuando la gente no quiere té, entonces, ¿por qué te resulta tan difícil entenderlo cuando se trata de sexo y consentimiento? Tanto si se trata de té como de sexo, el consentimiento lo es todo.*”

Observamos que hay consentimiento solamente en el ejemplo 1. La situación 3 es la que suele identificarse socialmente como falta de consentimiento. La persona dijo de modo claro y expreso “no”.

La complejidad se presenta en los demás ejemplos, donde la falta de consentimiento no fue explícita o donde se asume que una vez prestado el consentimiento, se torna irrenunciable.

<sup>90</sup> Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=E4WTnJCMrH8>, doblado al castellano y de [https://www.youtube.com/watch?v=nCJcX\\_ZDdbQ](https://www.youtube.com/watch?v=nCJcX_ZDdbQ), en inglés, con subtítulos en castellano, el 1° de agosto de 2023.

<sup>91</sup> Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=ODkvBuSKzPI> el 10 de agosto de 2023

Sin embargo, no es así cómo se lo considera desde la normativa, ni en la doctrina o jurisprudencia mayoritaria.

Si bien alguien podría pensar que una persona desmayada no dijo que no (en sentido estricto), el art 119 entiende que esa situación y muchas otras, excluyen el consentimiento. Está contemplado en el final del primer párrafo donde se alude a “*que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción*”. Es lo que ocurre en el ejemplo 5 referenciado. La persona desmayada no puede consentir tomar un té o mate.

Las Reglas de Procedimiento y Prueba correspondientes al Estatuto de Roma si bien no son de aplicación obligatoria, proporcionan una serie de principios de la prueba en casos de violencia sexual que permiten guiar la investigación.

En ellas se indica que,

El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre" (inc. "a"); que "El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual" (inc. "c") y que "La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo" (inc. "d"; conf. causa P. 121.783, sent. de 5-XII-2018; e.o.)<sup>92</sup>

El tema del consentimiento es el eje de la miniserie *Anatomía de un escándalo*, donde seguimos el devenir de James Whitehouse, un importante político británico, muy amigo del primer ministro. En la serie es acusado de violación por parte de Olivia, una empleada. La trama discurre sobre el escándalo que ello genera a nivel familiar, profesional, mediático, judicial y político.

¿Qué pasa si a la víctima le atraía sexualmente el agresor? ¿Y si era su jefe? ¿Pudo dar un consentimiento válido?

El hecho material no es discutido. Ambas partes reconocen que han vivido un amorío durante 5 meses, que fue finalizado por James, casado y con dos hijos. Ambas partes reconocen que hubo un encuentro sexual una semana después, en un ascensor del Parlamento.

Lo que se cuestiona es el carácter, delictivo o no, de tal evento. Lo que está en permanente discusión es el consentimiento.

Vemos que ello ocurre en relación a dos grandes categorías de análisis.

La primera es sobre la posibilidad de consentir en una relación que objetivamente se presenta como asimétrica.

<sup>92</sup> P. 133.814-Q - "Pelman Cervera, Mario Manuel. Queja en causa N° 92.465 del Tribunal de Casación Penal, Sala I" – SCBA - 25/10/2022. elDial.com - AAD28A. Publicado el 29/12/2022

En el capítulo 2, se explicita el interrogante. La fiscal del caso conversa con un abogado con quien tiene una aventura y se desarrolla el siguiente diálogo.<sup>93</sup>

*“F: Hay una diferencia muy importante. Olivia era su empleada.*

*A: Si, ¿pero no crees que el jurado se siente conmovido por los romances de oficina?*

*F: No cuando hay tal diferencia de estatus y edad. ¿Qué hay de su capacidad de consentimiento?”*

El tema se retoma en el inicio del cuarto capítulo<sup>94</sup>. Nuevamente entre la fiscal y su amante, quien le formula la posibilidad de estar equivocada y le pide que considere la opción de que James sea un mujeriego pero no un violador. La respuesta de la fiscal es categórica: *“Olivia trabajó para él. Siempre hubo una desigualdad de poder en su relación”*.

La fiscal plantea, en términos del código penal argentino, que hubo de parte de James hacia Olivia, un *“abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder”* (art 119 1p C.P.).

Esta nueva modalidad de abuso fue incorporada por la ley 25.087. *“Consiste en el empleo de medios compulsivos que tienen su causa en una situación de superioridad de la que se prevalece el sujeto activo.*

*Esta situación de superioridad tiene su correlato en una condición de inferioridad en que se encuentra el sujeto pasivo, que demanda obediencia o acatamiento funcional o laboral por parte de éste a aquél. Es de esta situación de prevalencia funcional, laboral o de otro tipo de la que se aprovecha el autor para el logro de sus objetivos sexuales.*

*Esta modalidad supone la obtención de un consentimiento viciado, por cuanto el tipo requiere que la conducta sea abusiva sexualmente, esto es, que el autor use indebidamente el cuerpo de la víctima como consecuencia del aprovechamiento de una relación de dependencia, autoridad o poder”*. (Buompadre)

La segunda categoría que se trabaja en la serie, independientemente del vínculo entre ambas personas, es el consentimiento en sí mismo, tema que es abordado en varios momentos.

En el episodio 4, la esposa del acusado realiza una interesante reflexión al respecto, comparando la época actual con la de su pasado como estudiante universitaria. Dice sobre la denunciante<sup>95</sup>: *“Ella es de otra generación. Las cosas eran muy diferentes cuando iba a la universidad, lo difuso del consentimiento. La culpa de ellos era pecar de egoístas. Nosotras éramos culpables por no comunicar. ¿Eso no nos vuelve cómplices? Porque a veces creo que era más fácil ceder.”*

En ese mismo episodio, la abogada defensora dice al acusado: *“Consentimiento. El jurado está aquí para considerar el asunto del consentimiento. La cuestión del sí y el no”*.

Como se dijera al comienzo, el consentimiento es un proceso, y puede ser reversible.

<sup>93</sup> Minuto 17:20 y sstes

<sup>94</sup> Minuto 2: 55 y sstes

<sup>95</sup> Minuto 16:13 y sstes.

Un vínculo sexual es un proceso, una sucesión de actos o, en otras palabras, se trata del devenir performativo del deseo que debe estar siempre presente para reputar a ese acto como libre y voluntario. Esta manifestación expresiva del deseo sexual no siempre será exteriorizada a través de una verbalización del “sí” o el “no”; sino también mediante señales y comportamientos exteriorizados que de un modo inequívoco permitan manifestar la aceptación voluntaria o no de realizar determinadas prácticas. En síntesis, un encuentro sexual es dinámico y, por ello, la aceptación de participar puede ser revocable. Por esa razón, el consentimiento debe ser expreso e inequívoco (Álvarez, 2022, pág. 48).

Esta situación es la que se ejemplifica en la escena 6 del video sobre la taza de té. La persona quiso tomar uno la semana pasada. Pero eso no quiere decir que quiera hoy de nuevo y cada vez que la veamos.

En la última jornada del juicio de la serie, durante los alegatos, tanto la defensa como la fiscalía se refieren al consentimiento, aludiendo a este tema.

La fiscal se centra en su característica de ser reversible.

Recuerda haber dicho en el alegato de apertura que *“la señorita Lytton transitó del sí al no. Si, cuando se besaban y no, cuando el señor Whitehouse se volvió violento. “Aquí no” significa “no” (...) quedó clara la decisión de la señorita Lytton de no continuar”*. La defensa por su parte, manifiesta que *“aunque hubiera dicho “aquí no”, eso no significa “no”. No significa “no querer”. De hecho, pudo haberse interpretado como un “sí”, solo que no aquí”*. Luego se refiere a los posibles motivos de la denunciante para mentir *“vergüenza, enojo y humillación no deben tener el poder de convertir el sexo consensuado en violación”*.

En el sexto y último episodio, resulta interesante la explicación a modo de justificación que brinda el acusado: *“Estoy seguro ciento por ciento que no fue violación (...) Si fue ella con la que estuve, es posible que no estuviéramos en sintonía y tal vez erré el contexto”*.

La serie nos acerca también el pensamiento de Sophie, la esposa del acusado, luego de finalizado el juicio. *“Creo que es posible que Olivia quisiera parar. Y que tu decidieras que ella no hablaba en serio”*.

## Artículo 119 del Código Penal

Este artículo tipifica los delitos de abuso sexual simple, gravemente ultrajante, con acceso carnal y sus respectivas agravantes.

Establece:

*“Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediere violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de*

*autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.*

*La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.*

*La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.*

*En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si:*

- a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;*
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;*
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;*
- d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;*
- e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;*
- f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.*

*En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f)."*

*El príncipe de las mareas*<sup>96</sup> es una película dirigida y protagonizada por Barbra Streisand.

En lo que aquí interesa, Tom Wingo (interpretado por Nick Nolte), es un profesor de literatura y entrenador de fútbol americano, cuya hermana melliza, Savannah, es una reconocida artista que vive en Nueva York, quien recientemente ha vuelto a intentar suicidarse. Tom viaja a Nueva York para ayudar a la psiquiatra de Savannah, Susan Lowenstein (Streisand). Se menciona a otro hermano, Luke, fallecido unos años antes.

En diversas entrevistas con la profesional, Tom ayuda a recuperar recuerdos familiares, dado que su hermana, internada, reprimió algunos acontecimientos de su vida y ese bloqueo impide su recuperación. En términos de la psiquiatra *"hay partes de su niñez que ha decidido olvidar, que ha bloqueado"*<sup>97</sup>. Tom responde que *"he pasado mi vida tratando de olvidar eso que falta"*.

A lo largo de la película queda claro que hay un secreto muy doloroso. Transcurrida la primera hora<sup>98</sup>, Tom visita a su madre y le anuncia que va a contarle a la psiquiatra *"sobre*

<sup>96</sup> Año 1991, Estados Unidos, directora Barbra Streisand

<sup>97</sup> Minuto 16:20 y sstes

<sup>98</sup> Hora 1: 20 y sstes

*Callanwolde*”. La madre contesta que no sabe de qué se trata. “Claro que lo sabes”. Aparece entonces el recordatorio sobre una promesa de “*no hablar jamás de eso*”.

La película ilustra los distintos modos de reaccionar frente a un abuso: tratar de olvidar, callar, volver sobre ello.

En el siguiente encuentro con Lowenstein Tom cuenta lo ocurrido en su infancia, cuando él y Savanna tenían 13 años. Estaban los hermanos bailando con la madre. “*Entraron 3 hombres a la casa. (...) Uno violó a Savanna y el otro a mi madre*”. Tom dice no recordar por qué no acudió por ayuda. Repite que no sabe. La psiquiatra le comenta que “*es una respuesta infantil*”. Finalmente se devela que el tercer hombre violó a Tom mientras le decía “*si te mueves te corto el cuello*”.

“*Lo que estaba pasándome era inimaginable, horrible. No creí que pudiera pasarle a un joven. Lo único que quería era morir*”.

Luke llegaba a la casa y vio por la ventana lo que ocurría. Con una escopeta mató a dos hombres, la madre al tercero. La madre dijo “*esto no pasó*” y los amenazó con dejar de ser su madre si contaban algo. Sepultaron los cadáveres, limpiaron la casa y se “*sentaron a la mesa, como si nada hubiera pasado*”.

“*Creo que el silencio fue peor que la revelación*”. “*El niño de 13 años aún sigue sufriendo*”.

En esta película, se refleja el delito de abuso sexual con acceso carnal (art 119 3°p C.P.), cometido con el uso de violencia y amenazas, por vía vaginal (suponemos) en el caso de Savannah y de la madre, y por vía anal en el caso de Tom.

El uso de la violencia se despliega desde el ingreso de los hombres a la casa, forzando físicamente a las mujeres, gritando, rompiendo objetos. En el caso de Tom, se utilizaron amenazas “*si te mueves te corto el cuello*”. El agresor tenía un cuchillo, que utilizó para romper el pantalón de Tom a fin de concretar el abuso.

Estos medios comisivos son idóneos para vulnerar la falta de consentimiento de las víctimas.

Estos delitos se encuentran agravados por “*resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima*” (art 119 4° p inc. a) y por haber sido cometido “*por dos o más personas, o con armas*” (art 119 4° p inc d). Podemos agregar el concurso ideal con el segundo párrafo del art. 119 C.P. ya que por “*las circunstancias de su realización*”, ha “*configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima*”.

El daño en la salud mental de Savannah es justamente uno de los ejes de la película.

El “*grave daño a la salud mental de la víctima*” fue incorporado al código con la reforma del año 1999. Si bien el concepto de salud incluye a la salud mental, se consideró pertinente su explicitación. De acuerdo a doctrina publicada poco tiempo después de esta incorporación, antes

el centro de la atención de la doctrina en esta agravante radicó en el aspecto físico (...) sin embargo el aspecto psicológico ha sido soslayado; la flamante ley 25.087 lo vuelve al centro de la ley, y ahora el grave daño no solamente



puede comprometer la salud física de la persona ofendida, sino también su salud mental. (Edwards, 1999, pág. 39 y ss).

Esta agravante “(...) *“requiere de dos condiciones, la primera, que se trate de un grave daño en la salud física o mental del ofendido, entendiéndose por tal aquellas consecuencias lesivas de cierta entidad y que importen un desequilibrio orgánico funcional relevante”*; advirtiéndose que *“No se exige que tales perjuicios se equiparen necesariamente con las consecuencias previstas en los arts. 90 y 91 CP, por lo que su determinación dependerá de las circunstancias del caso concreto”*. Mientras que la segunda condición *“precisa que dicho daño sea una consecuencia directa del abuso sexual, es decir, que el grave daño debe ser un resultado del delito, ya que de lo contrario, estas lesiones concursarán materialmente con la agresión sexual (art. 55 CP)”*. Para finalmente ilustrar con lo dicho por la jurisprudencia: *“la figura agravada del abuso sexual que resulta del libre juego del primer y último párrafo del art. 119 del Cód. Penal, correlacionado con el apart. a) De la citada norma, exige que el grave daño en la salud mental trascienda del trauma corriente que provoca en el sujeto pasivo toda conducta abusiva que lastime la integridad sexual, pues de lo contrario nunca se configuraría el tipo básico”* (TCPBA, Sala II, “G.A.R., 25/03/2004”) <sup>99</sup>.

En la escena participan tres agresores, uno de los cuales está armado.

Tiene dicho la doctrina que

El legislador entendió que la incorporación de las armas, así como el caso de la pluralidad de autores, también tiene relación con un aumento de la violencia por parte de los sujetos activos y el peligro adicional para la víctima que de ese uso se deriva. (Donna, pág. 96)

Se ha considerado que *“debe distinguirse entre una violación cometida con armas, en la cual el peligro para la vida de la víctima es evidente y manifiesto, a la cometida sin armas”*. (Donna, óp. cit)

Dado que en el caso se trata de un cuchillo, cabe aclarar que por arma *“debe entenderse a todo objeto o instrumento, medios o máquinas destinados a ofender o a defenderse. Por lo tanto arma es todo elemento capaz de aumentar el poder ofensivo del autor. Esto incluye las armas propias e impropias”*. (Donna, óp. cit)

Se ha considerado además que

(...) deberá exigirse un uso efectivo del arma como tal, es decir, como amenaza directa a la víctima por lo que no basta para configurar la agravante el llevar un arma, o su mera exhibición, en la cintura, el bolsillo, o dentro de una bolsa, sin perjuicio de que la conducta se adecue a las figuras básicas de abuso. (Donna, óp. cit)

<sup>99</sup> Citado en “O., W. S.”- TRIBUNAL DE SENTENCIAS EN LO CRIMINAL DE SEGUNDA DENOMINACIÓN – CÁMARA PENAL N°2 – CATAMARCA - 14/06/2019. eDial.com - AAB5ED. Publicado el 10/09/2019

Es lo que ocurre en la película reseñada dado que el cuchillo es utilizado para amenazar a Tom y además se lo emplea durante el hecho. Por lo tanto, se configura el agravante.

Respecto a las circunstancias de realización de los abusos, se suman algunas características que permiten tipificarlos como gravemente ultrajantes.

Es un concepto por demás ambiguo y motivo de debate permanente a nivel doctrinario y jurisprudencial.

Algunos fallos han receptado esta dificultad

La cualidad requerida por el tipo penal ha generado problemas interpretativos debido a la vaguedad de sus términos, tanto en nuestra jurisprudencia y doctrina como en el derecho Español, fuente del presente artículo. Así, Manuel Cancio Meliá afirmaba que "... teniendo en cuenta las características de los hechos agravados, la tarea de constatar la concurrencia en el hecho de un grado de degradación o vejación superior al ya ínsito en el hecho realizado con la fuerza o intimidación, parece de difícil sujeción a unos criterios claros y precisos establecidos (citado por DONNA, 2001, pág. 49)

Hechas estas consideraciones, podemos afirmar que existe un cierto consenso en cuanto a que implican una humillación extraordinaria para la víctima. Se ha entendido que

La exégesis que el análisis de la agravante exige ha de dirigirse a las circunstancias que por su intensidad vejatoria o prolongación resulten un mayor perjuicio para quien las ha padecido". "Así, puede afirmarse que las conductas gravemente ultrajantes son los actos que objetivamente tienen una desproporción con el propio tipo básico, y que producen en la víctima una humillación más allá de lo que normalmente se verifica con el abuso en sí. (DONNA, Edgardo, op. Cit, pag.50.).

Uno de los ejemplos que se suelen utilizar para significar este tipo penal es la presencia de testigos, por la claridad de la situación y la aceptación sobre la vergüenza que puede implicar para la víctima.<sup>100</sup>

Y es eso lo que ocurre en la película, los abusos ocurren en presencia del resto de los familiares.

La situación representada en *El príncipe de las mareas*, se asemeja al ideario social sobre la violación: el desconocido sucio, feo y malo que irrumpe de modo imprevisto en la vida de la víctima y la viola.

<sup>100</sup> En la página "Derecho fácil" del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, cuya consulta se recomienda, se define este tipo penal en los siguientes términos "¿Qué quiere decir abuso sexual gravemente ultrajante? Son los casos donde se suma a la situación de abuso un exceso que afecta aún más la dignidad de la víctima, la humilla y la degrada. Por ejemplo: actos sexuales realizados ante testigos.", recuperada de <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/delitos-contra-la-integridad-sexual#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20quiere%20decir%20abuso%20sexual,actos%20sexuales%20realizados%20ante%20testigos>, el 25 de agosto de 2023

A ese escenario de la violación “típica”, se agrega muchas veces un terreno baldío. O un túnel vacío, como ocurre en *Irreversible*<sup>101</sup> (IRREVERSIBLE en el original).

Esta película trata la historia de dos jóvenes, Marcus y Pierre, quienes buscan al violador de Alex, actual novia de Marcus y ex novia de Pierre. Se caracteriza por estar narrada en 13 escenas mostradas de atrás para adelante. Y por la llamada “escena de la violación”.

Alex sale de un edificio y en búsqueda de un taxi decide cruzar una avenida yendo por un túnel. Allí es interceptada por un hombre que la golpea brutalmente y abusa sexualmente de ella. Esa situación es mostrada con total literalidad en una interminable (y por momentos insoportable) escena de 9 minutos que parecen filmados en una única toma.<sup>102</sup>

Pero no siempre ocurre lo que muestra la película. Las estadísticas señalan que la mayoría de los abusos son cometidos por personas conocidas, en quien se confía y que muchas veces asumen roles de cuidado respecto de sus víctimas.

Según el informe “Un análisis de los datos del Programa “Las Víctimas Contra Las Violencias” 2020-2021” realizado por Unicef y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación “*En el 74,2% de los casos, los/as agresores/as eran del entorno cercano de la víctima (56,5% familiares y 17,7% conocidos no familiares). Solo el 25,8% de las víctimas no conocía al agresor/a o no pudo informarlo*”.<sup>103</sup>

Ello lleva a que muchas veces las personas no reconozcan el abuso sexual o estén en condiciones de hacerlo años más tarde.

En *La mala educación*<sup>104</sup>, Pedro Almodóvar narra las consecuencias de los abusos sexuales en la infancia. Ignacio y Enrique son dos niños de 10 años. Ignacio fue víctima de abuso en el colegio, por parte del Padre Manolo, sacerdote católico, director y profesor del colegio.

Si bien la película transita un atrapante e intrincado laberinto de espejismos, para este análisis nos quedaremos con esta pequeña imagen, que la víctima escribe en forma de guion para una película.

En este caso, los hechos son cometidos por alguien que merece la mayor confianza por parte de los niños. Es un profesor del colegio y sacerdote. Esta persona además no emplea violencia ni realiza amenazas.

Más aún, los abusos son cometidos en los días de campo, una suerte de premio mensual para los alumnos que integran el “cuadro de honor” escolar. El Padre Manolo desarrolla múltiples estrategias para lograr quedarse a solas con Ignacio y llevar a cabo los abusos (que no son mostrados explícitamente). Lejos de violentarlo, lo “*abrazaba por la espalda mientras le declaraba su amor, más allá de que el niño se niega*”<sup>105</sup>, buscando tal vez un consentimiento que por la edad del niño no sería válido. De todos modos, la imposibilidad del pequeño para evitar los abusos son explícitos. La víctima escribe “*yo no podría hacer nada para evitarlo*”.

<sup>101</sup> Año 2002, Francia, Director: Gaspar Noé.

<sup>102</sup> La película ha merecido múltiples críticas por lo explícito de esta escena.

<sup>103</sup> Unicef y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, “Un análisis de los datos del Programa “Las Víctimas Contra Las Violencias” 2020-2021”, SERIE VIOLENCIA CONTRA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES N°9, p. 16, recuperado de <https://www.unicef.org/argentina/publicaciones-y-datos>, el 26 de agosto de 2023

<sup>104</sup> Año 2004, España, Director: Pedro Almodóvar.

<sup>105</sup> Minuto 28:05 y ss.

El sacerdote es consciente de la confianza que genera en la sociedad y, años después, ante la posibilidad de que la historia cobre estado público, señala “*digas lo que digas, la gente me creerá a mí*”.<sup>106</sup>

Se replican los estereotipos sobre las víctimas y el consentimiento. Pregunta el abusador “*si tan mal tratamos a Ignacio, ¿por qué volvió al año siguiente?*”<sup>107</sup> ¿*Por qué no nos denunció o se cambió de colegio?*”

Sin embargo, en un *flashback*, se nos muestra que, ante una falta cometida por Ignacio y Enrique de pequeños, Ignacio promete al cura “*Si no le echa, haré lo que usted quiera*”.

El sacerdote incumple su promesa. El niño reflexiona “*Pienso que acabo de perder la fe en este momento*”.

Posteriormente, confrontado, el cura intenta justificarse alegando que quería al niño lo que se le responde “*A un niño de 10 años no se le quiere, se le acosa, se abusa de él*”.

Los abusos reflejados en la película son agravados por ser cometidos por un “*ministro de algún culto reconocido o no*” (art 119 p 4 inc. b C.P.)

Nos encontramos en esta agravante con otro cambio implementado en la reforma de la ley 25.087. Previamente el agravante se aplicaba si el abuso era cometido “*por un sacerdote*”. Ya en ese momento parte de la doctrina entendía que se abarcaba a cualquier ministro de una religión siempre y cuando fuera reconocida por el estado. Luego de las reformas, se ha ampliado el espectro a cualquier ministro de culto, incluso cuando no tenga reconocimiento estatal. El fundamento es la preeminencia sobre la víctima, lo que puede facilitar los abusos.

Edgardo Alberto Donna sostiene que “... no cabe duda que la ley ha tenido en cuenta no sólo la inobservancia de atender a la asistencia espiritual o al cuidado de la víctima, sino también la particular situación en que ésta pueda encontrarse respecto del autor, lo cual puede favorecer su actividad tornándola por ello más peligrosa para el bien jurídico protegido...” y “... lo importante es determinar si la persona se hallaba en esa situación de respeto, es decir de influencia moral...(Derecho Penal Parte Especial, Tomo I, Editorial Rubinzal-Culzoni, 4ta edición actualizada y reestructurada, página 604). En definitiva, no caben dudas sobre la posición de preponderancia que tenía sobre los integrantes de la comunidad....”<sup>108</sup>.

Se agrega en el caso el agravante de “*encargado de la educación o de la guarda*” (art 119 p 4 inc. b C.P.), dado que el agresor era docente del niño y además el colegio donde ocurrieron los hechos era un internado. Por lo tanto, en época escolar, estaban a cargo de los adultos de la institución, más aún, el referido Padre Manolo era el director de la misma.

<sup>106</sup> Minuto 30:19 y sstes

<sup>107</sup> La semejanza con el título del libro “*Por qué volvías cada verano*” de Belén López Pairó, muestra la universalidad del falaz argumento.

<sup>108</sup> CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL - Sala VI, Lucini, González Palazzo. (Sec. Cám.: Mariño). c. 49.326/19, P., M. F. s/Procesamiento. Rta.: 25/09/2019. elDial.com - AI3EC9

Se ha dicho en el caso donde se juzgó al preceptor de un colegio acusado de abuso a dos alumnos que

(...) resulta encargado de la guarda de la víctima no sólo el que tiene la calidad jurídica de tutor, curador o guardador, sino también la persona que enseña, corrige o, como en este caso, está a cargo del cuidado de víctima menor o incapaz (...) “La agravante se da cuando el sujeto activo tiene a su cargo la guarda señalada, aunque sea transitoriamente, porque no se requiere una específica, prolongada e interrumpida permanencia, ni especial relación parental jurídica o fáctica no prevista expresamente por la ley. (Conf. Donna, Edgardo A., “Derecho Penal, parte especial”, Tomo I, Rubinzal – Culzoni Editores, pág. 421 y 472, 1999).<sup>109</sup>

La serie *La ley y el orden: unidad de víctimas especiales* suele tratar casos de delitos sexuales. En el capítulo 11 de la temporada 4, titulado *Dañada* o *Daños irreparables*<sup>110</sup>, se cuenta la historia de Joey Field, acusado de 3 homicidios y dos abusos sexuales. Una de sus víctimas es una niña de 6 años, quien contrae una enfermedad de transmisión sexual. Durante el transcurso del episodio se busca al abusador.

Si la persona autora del delito fuera juzgada en nuestro país, podría aplicarse el agravante del art 119 4p inc. c C.P. que contempla el hecho de que *“El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio”*.

De acuerdo a la doctrina, se *“requiere un conocimiento –“a sabiendas”– por parte del agente de que padece alguna enfermedad de transmisión sexual grave tales como la sífilis, herpes genital, gonorrea, hepatitis B, S.I.D.A., etc. pues no basta que el portador abrigue dudas al respecto y con su conducta cree en la víctima un peligro de contagio de la enfermedad de que padece, es decir, que debe estar afectado por ésta de una manera capaz de crear ese peligro, no siendo menester que el peligro que haya corrido la víctima sea real o efectivo ni que ésta tenga conocimiento de la existencia de la mentada enfermedad”*. (Figari, págs. 119/120)

Si bien no es necesario que se haya producido el contagio, sí es un elemento típico que el autor supiera que tenía la enfermedad.<sup>111</sup>

La jurisprudencia ha sostenido en un caso *“(...) las señoras defensoras oficiales han realizado una adecuada crítica de la forma en que se fundó el fallo para tener por acreditado el tipo subjetivo, porque no existe certeza plena de que supiera que tenía sífilis cuando abusó sexualmente de su sobrino, lo que descarta la aplicación de ese delito -el del art. 18 de la ley 12.331 como fuera desarrollado en el apartado anterior, debiendo casarse la sentencia en ese*

<sup>109</sup> 3408 –“Fernando Enrique Picciochi s/ abuso, etc.” - TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL N°8 – 02/10/2012, elDial.com - AA9596

<sup>110</sup> Estrenado el 10 de enero de 2003, dirigido por Juan José Campanella.

<sup>111</sup> En el capítulo referido la persona acusada estaba al tanto de su enfermedad, dado que dos semanas antes del hecho, se le había hecho un estudio médico al respecto.

*sentido descartando la utilización de esa figura legal, conforme lo establece el art. 470 del CPPN*".<sup>112</sup>

En la misma serie, en el episodio *Corrupto*<sup>113</sup>, Carlos Torres es encontrado muerto en la celda de la prisión a pocas horas de ingresar al presidio. Durante la investigación se descubre que presentaba penetración anal con un objeto romo, lo que provocó que se desangre tras romperle el colon. Se descubre que el hecho fue realizado por la policía del establecimiento.

Una de las investigadoras, en una conversación donde se compara al acusado con otros delincuentes asevera que *"A los policías debe exigírseles más"*.<sup>114</sup>

Esa exigencia "extra" se contempla de alguna manera en la agravante aplicable cuando *"El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones"* (art 119 inc. e C.P.).

La agravante, sin duda, tiene su motivo en la situación de preeminencia en que se encuentra el agente de seguridad respecto del civil, especialmente cuando este último se halla detenido, y además porque está violando un deber específico, que todo funcionario policial o de seguridad tiene, de protección a las personas, transformándolo en un abuso de él. En el caso de autoridades policiales, se condenaba por violación agravada en los casos de violación llevada a cabo por preventores, cuando la víctima había quedado a su cargo en un móvil policial o en la comisaría. De ahí que la ley no hace más que receptar lo que ya la jurisprudencia venía sosteniendo hasta la reforma. (Donna, op cit, p. 92 y ss.)

En el caso del episodio referenciado, el hecho de abuso ocurrió en el presidio, con la víctima detenida.

En otro, donde el comisario abusó de una subordinada, dentro de la comisaría se ha aplicado el agravante analizado porque

La secuencia expuesta permite asegurar al menos de momento que la conducta desplegada por (...) puede subsumirse en las previsiones del primer y último párrafo, inciso "e" del artículo 119 del Código Penal en atención al cargo de Comisario que ostenta y a que el suceso ocurrió en ejercicio de sus funciones...<sup>115</sup>

La película *Abuso a la inocencia*<sup>116</sup> ilustra los abusos sufridos por Bonne, una niña, por parte de Glen, marido de su madre.

<sup>112</sup> 30292/2012 - "M., B. E. s/abuso sexual" - CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I - 26/12/2019, elDial.com - AAB0C0, publicado el 11/02/2019. En el caso se investigó el abuso sexual de una niña menor de 13 años, quien fue contagiada de sífilis durante el hecho.

<sup>113</sup> Episodio 13 de la temporada cuatro, estrenado el 24 de enero de 2013

<sup>114</sup> Minuto 16:57"

<sup>115</sup> 50690/11 - "D., L. O." - CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA VI - 05/03/2014. elDial.com - AI31CE

<sup>116</sup> Estados Unidos, 1996, directora: Anjélica Houston.

Nos sirve para ejemplificar la última agravante del artículo 119<sup>117</sup>. Le película narra una compleja trama familiar, por lo que me centraré en lo vinculado directamente con este análisis.

Mientras aguardan en un vehículo a la madre que está pariendo a un hijo concebido con el agresor, Glen pide a la niña, ubicada en el asiento trasero junto con su hermana, que se siente en el lugar del acompañante. Comienza a acariciarle el pelo y luego la sienta “a upa” mientras le dice *“Te amo, sé que pensás que no, pero sí”*. La escena continúa con el hombre jadeando, mientras parece masturbarse mediante el frotamiento de la niña con su pene, mientras le dice que todo va a estar bien y que serán felices. Finalizado el abuso le pide que vuelva al asiento trasero. El niño por nacer muere en el parto.

Glen decide que se muden de ciudad. Glen somete a la niña (y a la familia) a múltiples malos tratos, repitiendo siempre que la ama y que jamás le haría daño.

*“Nunca quiso lastimarme, me decía a mí misma. Pero cada vez más esas manos parecían moverse antes de que pudiera pensar. Mis sueños estaban llenos de dedos largos. Manos que alcanzan los marcos de las puertas, que se deslizan por el borde del colchón, temiéndome como a un río, como el azul gélido de sus ojos”* piensa Bonne.

*“Vivía en un mundo de vergüenza. Escondí mis moretones como si fueran evidencias de los crímenes que yo había cometido. No le conté a mamá. No pude contarle”*.

Un día la niña se siente mal y es llevada al hospital. Allí el médico que la atiende descubre lo que ocurre. Le pregunta que pasó. Le dice que van a pedirle a la madre que se retire para que pueda contar qué pasó. La madre se la lleva por la fuerza. El médico le grita que la niña fue golpeada y que va a informar a las autoridades.

A la vuelta del hospital, la madre deja al marido en la casa conyugal y se va con las hijas a la casa de su familia. Se quedan allí hasta que Bonne está mejor. Pero la madre, a poco de regresar, le dice a la niña que la llevará con la tía Ruth que no se encuentra bien, para que le haga compañía.

La tía le pregunta directamente acerca de Glen *“¿Alguna vez te tocó? ¿Alguna vez se metió con vos?”* La niña no contesta, pero su rostro es elocuente *“Acá abajo (señalando sus partes íntimas) ¿Alguna vez te lastimó acá abajo?”* La niña niega con la cabeza. Pero la tía insiste *“¿estás segura?”* La niña vuelve a negar, cambia de tema y se pone a cantar. La niña regresa a su casa. Días después Ruth fallece.

En un evento familiar, la familia materna descubre los moretones de la niña y los hombres dan una golpiza a Glen. Bonne se queda allí por unos días. Cuando la madre vuelve a buscarla, le dice que la casa será un lugar seguro para ella. La niña dice que no, que ella no puede volver si él permanece allí. Y se queda.

Allí *“yo dormía sin sueños y me despertaba en paz.”*

Un día llega Glen en un momento en que la niña estaba sola. Le dice que su madre se fue de la casa y que no volvería hasta que no regrese su hija. Glen pide a Bonne que le diga a la madre que van a volver a estar todos juntos. Ella se niega. Esto enfurece al hombre quien manifiesta que quiere ser razonable, pero que ella tiene que volver. La niña contesta que

<sup>117</sup> Cabe recordar que también es un agravante de los delitos contemplados en este artículo, la muerte de la víctima, conforme el art 124 CP.

prefiere morir a volver con él. Le pide que se vaya, porque si no contará todo lo que pasó. Glen se violenta, le dice que si la madre no vuelve con él la matará rompiéndole el cuello (mientras le sostiene la cabeza con firmeza) y la besa. Cuando la niña intenta defenderse, la ataca, la tira sobre el piso, la golpea hasta hacerla sangrar y comienza a accederla carnalmente. Llega la madre quien al ver la escena golpea a su marido con una botella y rescata a su hija, pero pocos minutos después lo perdona.

La siguiente escena muestra a la pequeña en un hospital enyesada, sin decir quién la había lastimado. La tía la busca y la lleva a su casa de nuevo donde se queda a vivir.

Queda claro a lo largo de la película, que la convivencia del agresor con la niña facilitó la comisión de los reiterados abusos.

Por lo tanto, se configuran los requisitos para la agravante que se aplica cuando “f) *El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.*” (Art 119 inc. f C.P.)

En el agravante señalado,

Quedarían comprendidos en esta nueva hipótesis aquellas personas que, si bien mantienen una convivencia estable con el grupo familiar, no cumplen funciones de guarda o cuidado de la víctima -por ejemplo, los hijastros, los parientes que viven bajo el mismo techo, el personal doméstico, etcétera-. El sujeto activo debe ser mayor de 18 años, debe conocer la edad de la víctima y debe convivir con ella, de modo efectivo, al momento del hecho. En este caso se prevé el aprovechamiento de la situación de cercanía y las consecuentes facilidades que le otorga al sujeto activo esta proximidad y relación de confianza con el menor de 18 años. (Donna, op. cit pág 93)

En un caso un precedente donde se discutió su aplicación, en tanto el acusado vivía en un galpón anexo a la vivienda principal, se ha considerado que

La norma cuya aplicación se cuestiona (inc. “f” del art. 119 del CP) agrava la conducta del sujeto activo en virtud del aprovechamiento de la situación de cercanía y las consecuentes facilidades que le otorga al sujeto activo esta proximidad y relación de confianza con la víctima menor de edad. En igual sentido, GAVIER indica que se dirige a proteger al menor del abuso de una situación de cercanía. Entonces, si el imputado vivía en un galpón que prácticamente constituía un ambiente de la casa principal; si con mucha frecuencia recorría distintas dependencias de aquella vivienda; si el causante y su esposa se quedaban a cargo de la víctima y su hermana cuando los padres no estaban en casa; si éstas cuidaban al bebé de aquéllos (el que permanecía en la casa principal), la aplicación del agravante contenido en el



inciso 'f' del cuarto párrafo del artículo 119 del Cód. Penal no resulta absurda.<sup>118</sup>

En la película, el agresor de Bonne es el marido de su madre. Bonne y su hermana quedan con frecuencia a su cargo (por ejemplo, cuando la madre se encuentra internada para parir) y es en esos momentos donde tienen lugar los abusos sexuales.

## Reflexiones finales

Comenzaba este trabajo preguntando “*Que se puede hacer cuando las estrellas caen*”.

Cuando las estrellas caen, cuando el mundo se viene abajo, a nosotros o a las personas que se nos acercan; cuando no tienen palabras para decir lo que les pasó (a ellas, sus hijas, su sobrino, una amiga); eso que pasó hace pocos días o hace más de una década; eso que fue olvidado o que siempre estuvo presente pero no se pudo contar. Eso que resulta inconcebible. Eso para lo que no hay palabras. *Eso*.

Una posible respuesta a la pregunta inicial está en la misma canción, en el renglón siguiente de la estrofa: “*Que se puede hacer salvo ver películas*”.

## Referencias

- Aguirre, Emma Rosa, *Identidad cultural en infancia del Siglo XXI*, entre sujetos de derechos y/o sujetos de consumo
- Álvarez, Javier T., *Debates actuales sobre violencia sexual*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2022
- Código Penal Comentado de acceso libre, Asociación Pensamiento Penal.
- Donna, E.A., *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, segunda edición actualizada.
- Fraga Utges y Santangelo (comp), *Violencias sexuales, género y sistema penal*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2021
- Hernández, Fernando, La necesidad de repensar la Educación de las Artes Visuales y su fundamentación en los estudios de Cultura Visual.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Página “Derecho fácil”.  
<https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/delitos-contra-la-integridad-sexual>
- Recasens Fiches, Luis, *Tratado de sociología*, de, Ed. Porrúa, México, 1999

<sup>118</sup> Expte. 1606/11 - "V., A. L. s/ Abuso sexual" – TSJ DE TIERRA DEL FUEGO – 19/09/2012, elDial.com - AA7CE7. Publicado el 06/03/2013

- Unicef y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, *Un análisis de los datos del Programa Las Víctimas Contra Las Violencias 2020-2021*, SERIE VIOLENCIA CONTRA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES N°9
- CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL - Sala VI, Lucini, González Palazzo. (Sec. Cám.: Mariño). c. 49.326/19, P., M. F. s/Procesamiento. Rta.: 25/09/2019. elDial.com - AI3EC9
- CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - 50690/11 - "D., L. O." - SALA VI - 05/03/2014. elDial.com - AI31CE
- CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL -30292/2012 - "M., B. E. s/abuso sexual" - SALA I – 26/12/2019, elDial.com - AAB0C0, publicado el 11/02/2019.
- CÁMARA PENAL N°2 – CATAMARCA - "O., W. S."- TRIBUNAL DE SENTENCIAS EN LO CRIMINAL DE SEGUNDA DENOMINACIÓN –14/06/2019. elDial.com - AAB5ED. Publicado el 10/09/2019
- STJ DE RIO NEGRO - S. 91/07 - "L., M. R. s/Abuso deshonesto s/Casación" (Expte. N° 21764/06 STJ), 01/06/2007. elDial.com - AX260D
- SCBA -P. 133.814-Q - "Pelman Cervera, Mario Manuel. Queja en causa N° 92.465 del Tribunal de Casación Penal, Sala I" –25/10/2022. elDial.com - AAD28A. Publicado el 29/12/2022
- TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL N°8 – 3408 –“Fernando Enrique Picciochi s/ abuso, etc.” - 02/10/2012, elDial.com - AA9596
- TSJ DE TIERRA DEL FUEGO – Expte. 1606/11 - "V., A. L. s/ Abuso sexual" –19/09/2012, elDial.com - AA7CE7. Publicado el 06/03/2013
- Canción *Qué se puede hacer, salvo ver películas*, de La máquina de hacer pájaros, publicada en el álbum "Películas", Argentina, 1977
- Cortometraje *El Consentimiento, tan sencillo como una taza de te*
- Cortometraje *El consentimiento es simple como el mate*
- Película *Abuso a la inocencia*, 1996, Estados Unidos, directora: Anjélica Houston.
- Película *Irreversible*, Año 2002, Francia, Director: Gaspar Noe.
- Película *La mala educación*, Año 2004, España, Director: Pedro Almodóvar.
- Película *El príncipe de las mareas*, Año 1991, Estados Unidos, directora Barbra Streisand
- Serie *La ley y el orden. Unidad de víctimas especiales*, capítulo xx temporada xxx , "Dañada", (10/01/ 2003) y capítulo 13, temporada 4, "Corrupto" (24/01/2013)

## CAPÍTULO 14

### Artículo 120: Abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual

*Cristian Ariel González*

**ARTICULO 120:** Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado. La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e) o f) del cuarto párrafo del artículo 119.

### Evolución

Antes de adentrarnos en el análisis de la actual redacción del Art 120 entiendo oportuno hacer un racconto histórico de la evolución del artículo, el cual ha sufrido varias modificaciones con el paso del tiempo.

El Artículo 120 del CP de 1921 imponía una pena de 3 a 6 años de prisión a aquella persona que tuviere acceso carnal consentido con una persona de uno u otro sexo, siempre que la víctima fuera mayor de 12 y menor de 15 años. Luego, mediante el Decreto 3992/84 del Poder Ejecutivo Nacional, el art 120 requiere que para la configuración del delito el sujeto pasivo sea “MUJER HONESTA”. Este retroceso en la legislación como primera medida excluía a jóvenes varones de ser sujetos pasivos de los abusos y a mujeres que no sean vírgenes.

En 1999:

(...) mediante Ley n° 25.087 se modificó por completo el Título III del Libro II del Código Penal Argentino “Delitos contra la honestidad”, que pasó a llamarse “Delitos contra la integridad sexual”. Este cambio se dio como consecuencia de la reforma a la Constitución Nacional efectuada en 1994, mediante la cual la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, más conocidas como CEDAW, adquirió jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22 CN). Las obligaciones asumidas por el Estado al ratificar dicha convención junto con los reclamos feministas, llevaron a entender que los crímenes sexuales deben ser considerados una

afectación a la integridad física y psíquica de la víctima y a su libertad y ya no una injuria a su pureza y honor. Por ello, se redefinió el bien jurídico protegido en esta clase de delitos. Se abandonó el concepto de honestidad, intentando eliminar cualquier rastro sobre cuestiones morales o la protección de la honra de aquellos hombres de la familia de la víctima, pasando a amparar estrictamente la integridad sexual de las personas. En consecuencia, el artículo 120 del Código Penal se vio sometido a un cambio sustancial y, aunque aún lo conocemos como el delito de estupro, se avanzó hacia un abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima<sup>119</sup>

A diferencia de otros delitos como el femicidio<sup>120</sup> Art. 80 inc. 11, en el cual para ser sujeto activo se debe ser hombre y para ser víctima se debe ser mujer, en la figura del Art.120, con la eliminación del término “mujer honesta”, no solo elimina esta división entre mujeres por la “honestidad”, sino que también vuelve a incorporar a los varones como sujeto pasivo del delito. Asimismo, para destacar y resaltar, es que estamos en tiempos culturales en los cuales, la sociedad ha avanzado en cuestiones de género, trascendiendo el género binario hombre/mujer, encontrándonos hoy en día con niños no binarios, infancias trans y/o géneros fluidos, todos ellos quedan hoy comprendidos con la redacción actual del artículo. Su autopercepción nunca debe ser evaluada como indicio de una madurez sexual en términos de relaciones sexuales, su autopercepción solo hace a su derecho inalienable de identidad.

## Remisión artículo 119

Ya con el desarrollo evolutivo del artículo, corresponde adentrarnos en el análisis de la figura. El tipo penal castiga a quien realiza alguna de las acciones previstas en el 2° y 3° párrafos del artículo 119 con una persona menor de 16 años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima u otra circunstancia equivalente, siempre que no resulte un delito más severamente penado. (Donna, pág. 105)

Al analizar el Art. 120 del Código Penal, vemos que para que la acción típica se configure, deben presentarse varios elementos objetivos temporales, como así también la concurrencia de elementos subjetivos.

<sup>119</sup> (“Estupro: de la mujer honesta a la inmadurez sexual de la víctima”; Palabras del Derecho; Stefanía Borthiry; 29-10-202; <https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/3198/Estupro-de-la-mujer-honesta-a-la-inmadurez-sexual-de-la-victima>)

<sup>120</sup> Recomendando para su lectura la obra “Cine y Derecho Penal Delitos en el Séptimo Arte”; Editorial Edulp; Pag. 101/105

## Elementos temporales

Como primer elemento temporal el sujeto pasivo debe poseer una edad superior a los trece años y menor a dieciséis. El segundo elemento temporal que concurre es la mayoría de edad del sujeto activo. Sobre este último elemento algunas teorías marcan que basta con que el autor sea mayor que la víctima sin la necesidad que llegue a la mayoría de edad, pudiendo, por ejemplo, tener la víctima 15 años y el sujeto activo 17. Al respecto Donna sostiene que

(...) la mayoría de edad del autor, aclarando que por tal vamos a entender mayoría de edad legal, (subrayado me pertenece). o sea 21 años, y no mayoría de edad con respecto a la víctima, que sería otra interpretación posible, pero fuera de contexto y en principio analógica (Donna, pág. 105)

Entiendo acertado el análisis de Donna, toda vez que el tipo penal en sus elementos subjetivos, que posteriormente profundizaremos, exige que la diferencia etaria sea la base de una asimetría entre sujeto activo y pasivo, asimismo entendiendo que la obra del autor precitado es anterior a la redacción y entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y debe tomarse como edad base del sujeto activo los 18 años, actual mayoría de edad.

## Elementos objetivos

Asimismo, el tipo penal exige elementos objetivos más allá del plexo temporal.

No es suficiente con que se configure la mayoría de edad del sujeto activo y el umbral de la edad estipulado en la víctima, si no que esta diferencia de edad debe reflejar la experiencia del sujeto activo y la inexperiencia sexual del sujeto pasivo y que esa sea la base para el aprovechamiento.

*El film Biográfico Abzurdah*<sup>121 122</sup>, de 2015, cuenta la historia de Cielo Lantini<sup>123</sup> y Alejo Hogweed quien es 9 años mayor que ella. La película toma como punto de partida el año 1997, Cielo y Alejo se conocen en una sala de chat virtual que eran habituales a finales de los '90 y comienzos de los 2000. Los integrantes de la misma organizan un encuentro en una pizzería y es la primera vez que las partes se encuentran personalmente. A partir de ahí la relación crece y vemos como los chats entre los protagonistas se intensifican y son cada vez más subidos de tono, hasta que comienzan los encuentros personales, sin el resto de los integrantes del grupo.

<sup>121</sup> ABZURDAH es una película argentina dramática y biográfica de 2015 basada en la novela autobiográfica homónima de Cielo Latini. Dirigida por Daniela Goggi, la película está protagonizada por Eugenia Suárez y Esteban Lamothe.

<sup>122</sup> ABZURDAH, Cielo Lantini, Editorial Planeta

<sup>123</sup> En la película Cielo posee 17 años, aunque en el libro original marca el inicio de la relación con Alejo a los 14 años de edad.

Si bien a prima facie lo descripto podría incurrir en lo estipulado en el art 131 del CP<sup>124</sup>, lo que quiero resaltar de este film es la relación de los protagonistas. Alejo abusa constantemente de su experiencia y la inexperiencia de Cielo para seducirla, utiliza frases del lenguaje juvenil de ese momento como *“beso tierno”* o juegos de *“¿a quién salvas?”*<sup>125</sup>. Asimismo, manipula las conversaciones y situaciones en todo momento, para así lograr que los actos tengan el consentimiento de Cielo, incluso hasta en el momento del acto sexual donde le dice *“no voy a hacer nada que vos no quieras, nunca”* y *“pedídmelo”*. Cielo, en una voz en off ya como relatora y años después del hecho, dice *“me dijo que no me iba a doler, si me hubiera dicho que después me transformaba en Blancanieves, también le hubiera creído”*. De esta última frase de Cielo se desprende que la decisión de tener relaciones con Hogweet no fue libre y razonada, y que la misma fue resultado de su inmadurez y el aprovechamiento de la experiencia de Alejo.

Donna al referirse al Art 120, sostiene que

En este sentido se tiende a una protección esencialmente "individualista" del nuevo Derecho Penal sexual, siendo ésta la que entiende que la protección de menores es también protección de la libertad individual. Así, se dirá que en los preceptos de protección de la juventud se atiende, de modo inmediato, a la protección del individuo que, por ser inmaduro, todavía no puede decidir por sí mismo, intentándose, no lograr su desarrollo de acuerdo a las valoraciones éticas o necesidades sociales, sino garantizar un área de protección de modo que el acunamiento de las ideas sobre la conducta sexual del joven quede reservado a él mismo una vez conseguida la madurez. Entonces, no hay duda de que se protege la libertad y la conformación sexual de la víctima, ya que el consentimiento está viciado, y el autor se ha aprovechado del vicio que radica en su inexperiencia Sexual (Donna, pág. 113).

Otro de los elementos objetivos que requiere el tipo es que haya habido acceso carnal o qué por su duración, las circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima.

La remisión al segundo y tercer párrafo del Art 119 del CP, amplía las conductas delictivas que anteriormente exigía el art 120. En la Película *Belleza Americana*<sup>126</sup> de 1999, el protagonista Lester Burnham, se dirige a ver a su hija que es porrista, al momento de la coreografía ve a una amiga de ella: Ángela Hayes, con quien comienza a fantasear y obsesionarse. Al escuchar una conversación entre ellas, donde escucha a Ángela reconocer que si él estuviese mejor físicamente tendría relaciones sexuales, se producen varios cambios

<sup>124</sup> **ARTICULO 131.** - Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma.

<sup>125</sup> Los juegos de a quién salvas?, se le pregunta al jugador a quien salvaría entre dos personas, para saber a quién prefiere el jugador entre las dos personas a salvar.

<sup>126</sup> *American Beauty* (titulada *Belleza americana* en Hispanoamérica) es una película dramática de 1999 dirigida por Sam Mendes, escrita por Alan Ball y protagonizada por Kevin Spacey, Annette Bening, Thora Birch, Wes Bentley, Mena Suvari y Chris Cooper.

en el personaje tanto en la personalidad como en los tendientes a mejorar su físico. Luego de una pelea entre la hija del protagonista y Ángela, Lester la encuentra a esta escuchando música en una sala, allí, la joven le confiesa el motivo de la misma: haberle dicho que lo encontraba a él sexy, Lester también le manifiesta como la desea desde el primer momento que la vio, se besan y comienza a quitarle la ropa y a tocarla, hasta que ella le confiesa que es virgen, con lo cual él se detiene.

Como nos referimos supra en el racconto histórico del artículo, las primeras redacciones requerían además del consentimiento de la víctima, el acceso carnal, lo cual hoy es una de las formas para configurar el estupro, pero no la única. Pudiendo éste configurarse por actos o prácticas de tocamiento, como Magreo<sup>127</sup> o Petting<sup>128</sup>, prácticas sexuales que antes no entraban en el tipo penal. Si bien el accionar de Lester se interrumpe antes de llegar al acceso carnal y es suspendido por propia voluntad, no quita que haya realizado los actos de tocamiento a la niña, aprovechándose de su inmadurez sexual, con lo cual el accionar, encuadra en el segundo párrafo del art 119.

## Elementos subjetivos

El elemento subjetivo consiste en el conocimiento que posee el sujeto activo de los elementos objetivos del tipo, es decir edad de la víctima, la inmadurez sexual del sujeto pasivo y el aprovechamiento de su experiencia para la seducción o engaño con el fin de obtener el consentimiento del sujeto pasivo. El tipo penal exige un dolo directo, conocer las circunstancias, e intencionalmente dirigir el accionar para lograr el escenario descrito en el tipo penal.

Volviendo con esto al Film *Abzurdah*, en una de las escenas que Alejo pasa a buscar a Cielo por el colegio, vemos como al momento de saludarse Cielo le quiere dar un beso en la boca y alejo le corre la cara diciéndole “*acá no*”. En esa línea, en una conversación por chat, Cielo le declara que quiere hacer pública su relación, a lo que Alejo le manifiesta su desacuerdo y que su relación de ser su secreto. Esta circunstancia expresa que Alejo sabe las consecuencias legales y sociales que le puede traer difundir su relación con una adolescente de 14 años, con lo cual el dolo es evidente.

Ahora, ¿Puede darse la posibilidad que el sujeto activo actúe en base a un error? Si, puede suceder que actúe en base a un error tanto en la edad de la víctima como en su inmadurez sexual.

El tipo penal no admite la comisión culposa del delito, con lo cual no se configuraría el tipo. Ahora bien, hay que evaluar si el error es vencible o invencible. A su respecto Donna refiere en

<sup>127</sup> Magrear Sobar, manosear lascivamente a alguien

<sup>128</sup> . El petting es una práctica sexual basada en **caricias íntimas** que no implican la penetración vaginal ni anal. Puede incluir besos apasionados, roces sensuales, desenfundados, cuerpo con cuerpo, con o sin ropa, y masturbación entre otras

su obra, “Delitos contra la integridad Sexual”, el fallo “CP0301 LP, P. 75.081, RSD-103-89,2 8-9-89,” A. R s1Estupro”, el cual reza en sus fundamentos que

Las manifestaciones alegadas por el imputado por el delito de estupro -que ignoraba que la víctima no tuviera 15 años (redacción anterior de la figura legal) y que aparentaba más edad, que no han sido desvirtuadas por las constancias de la causa -no se efectuó la correspondiente pericia, ni depusieron personas sobre tal circunstancia-, llevan a concluir sobre la base del principio de la duda, que el imputado actuó en la emergencia ante un error de hecho no imputable, que excluye la culpabilidad del procesado. (Donna, pág. 120).

También es oportuno traer a comentario el análisis realizado por la Dra. Georgina Rigatuso al fallo “**C., N.O s/ Abuso sexual con acceso carnal**”, en el cual el Máximo Tribunal de Santa Fe, absolvió a C.N.O de 24 años, por haber mantenido relaciones sexuales con G.L.M. de 12 años de edad. A diferencia del fallo citado por Donna, en el cual el sujeto activo incurrió en un error en la edad del sujeto pasivo, aquí el C.N.O. conocía la edad de G.L.M, pero cae en un “Error de Prohibición”, en este caso en particular el sujeto activo sabe lo que hace, pero cree que su accionar está permitido o que no está prohibido.

En el fallo citado, los camaristas analizaron, no solo los datos objetivos como edades de C.N.O. y G.L.M., y la relación sexual mantenida. Si no que

(...) los Camaristas hicieron particular hincapié en la compleja situación de vulnerabilidad que afectaba al imputado y a la menor, repasando las condiciones en las que se habían conocido -vecindad-, lo que habían atravesado juntos -convivencia y embarazo-y el modo en que cada uno de ellos lo había experimentado. Agregó que tales elementos, lejos de ser apreciados por los Jueces a tenor de su particular subjetividad -como afirmó la impugnante-, fueron meritados partiendo de lo manifestado por los propios involucrados en orden a que la relación entre ambos era buena, tomando también en consideración lo informado por las profesionales que los entrevistaron y dieron acabada cuenta de que ellos se mostraban como una pareja y de que G., L.M y su padre hablaban de una relación consentida... entendemos que en el presente caso se realizó una “analogía in bonam partem del acusado”, ya que si bien se aclaró que la conducta típica y antijurídica del inculpado no encuadraba en un caso de error de prohibición de lo que tradicionalmente se conoce como “culturalmente condicionado”, se consideró que el sub júdice poseía rasgos o características que, por el contexto social en el que se llevó a cabo la conducta inculpada, como así también por el marco referencial del ámbito de vulnerabilidad en el que tanto la joven como el imputado desarrollaron sus vidas, nada obstaría a incluirlos dentro de esa categoría... Por todo lo expuesto, concluimos que la resolución analizada resulta respetuosa del principio de culpabilidad, como necesaria



consecuencia de la legalidad, que impide el ejercicio de poder punitivo cuando el sujeto que realiza la acción no puede comprender su criminalidad, en otras palabras, que dicha comprensión fuese imposible. Sin embargo, no debe soslayarse que la no comprensión de la criminalidad de la conducta debe valorarse en relación al sujeto en concreto y sus circunstancias, por lo que advertimos que los Tribunales inferiores deben ser cuidadosos al tomar el precedente en estudio como una solución a seguir para casos similares, esto es, donde se presente un imputado mayor de edad relacionado con una niña menor como el caso de G., L.M...<sup>129</sup> (el subrayado me pertenece)

Al respecto de un error insuperable, en la película *Atrápame si puedes*<sup>130</sup>, que relata la vida de Frank Abagnale, un adolescente que se dedica a la falsificación de cheques, pero que además toma las identidades de otras personas, haciéndose pasar por piloto de avión, médico y abogado, entre otras, y comenzando su actividad ilícita a los 15 años. En la película vemos, como más allá de las conductas desplegadas por el protagonista, que constituyen distintos tipos de delitos, también va manteniendo relaciones sexuales con distintas mujeres adultas a medida que va tomando las distintas personalidades, las cuales nunca ponen en tela de juicio su edad.

Ahora si bien en este caso no habría delito, primero por que quien seduce y se aprovecha del engaño es el joven y no la adulta, segundo no hay una inmadurez sexual del adolescente, sirve también para ejemplificar como un sujeto mayor de edad, puede caer por otros elementos en un “error insuperable” que lo lleve a sacar una conclusión errónea sobre la edad del menor. En este caso en particular, el simple hecho de ser piloto de avión, lleva implícito que el sujeto es mayor de edad. Asimismo, también este ejemplo sirve, para demostrar que la persona menor de edad, solo por ser menor no quita la posibilidad que también pueda ser madura sexualmente.

## Agravantes

El Art. 120 toma como agravantes de la figura, la concurrencia de las circunstancias previstas en los incisos A), B), C), D), E), o F)<sup>131</sup> del artículo 119. El Art 119 inc F).

Al respecto del agravante del Inciso A), en el film *Abzurdah*, muestra como la relación entre Alejo y Cielo, produce graves consecuencias en la psiquis de la víctima, las que se profundizan

<sup>129</sup> ¿Error de tipo o de prohibición?; El C.,N.O s/ **Abuso sexual con acceso carnal**”, bajo la óptica de la teoría del delito; Georgina Rigatuso; Revista Pensamiento Penal (ISSN 1853-4554), Julio de 2022, No. 429 <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/Error%20de%20tipo%20o%20de%20prohibici%C3%B3n%20-%20EDITADO.pdf>

<sup>130</sup> “Atrápame si puedes”; año 2002; Director Steven Spielberg

<sup>131</sup> a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas; e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones ;f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

con la finalización de la relación, manifestándose en bulimia y anorexia, y llegando a su punto máximo con un intento de suicidio.

En la película biográfica *Great Balls of Fire*<sup>132</sup> de 1989; que retrata el ascenso del músico Jerry Lee Lewis y su relación con Myra Gale Brown, podemos ver la concurrencia de los agravantes del Inciso B) y F).

La película se sitúa en Memphis, a mediados de los años 50'; tomando como punto de partida 1956. Al iniciarse vemos a Myra Gale (Winona Ryder), llegar a su casa y encontrarse a Jerry Lee Lewis (Dennis Quaid) tocando el piano. Se establece un coqueteo entre ambos e interrumpido por la madre de Myra, manifestándole que es un hombre casado, a lo que Jerry contesta que se encuentra divorciado, en esa conversación Myra le informa a Jerry que tiene 13 años. Éste comienza a convivir con su primo (padre de Myra) y la familia, compartiendo el hogar con la joven. En la primera noche que el músico se queda a dormir, invita a Myra a tomar un helado, la situación finaliza con los dos besándose. De igual modo al momento que la familia se reúne a mirar televisión, sirve como una excusa para estar cerca de la víctima y establecer contacto físico. A medida que avanza el film, vemos como Myra se va acercando sentimentalmente a Jerry. Se retrata como al momento de quedarse solos en la casa con la víctima, el músico utiliza un juego que llama el “*culebrita*”, imitando con su mano una serpiente para comenzar a tocar a la niña, hasta palparle los pechos y taparse la boca como si solo hubiese sido accidental, allí vemos como la víctima consiente este acto también. Al ser descubiertos por el padre de la niña, y este al interponerse en la relación, comienzan a hablar por teléfono a escondidas y mantener la relación en secreto, hasta que Jerry decide pasar a buscarla por el colegio para casarse con un permiso Matrimonial. Al situarnos tanto en tiempo y espacio, los matrimonios a temprana edad en los Años 50, en algunos estados de EE.UU. era algo habitual, de hecho, Jerry Lee Lewis, quien se había casado por primera vez a los 16 años, lleva a Myra al Estado de Mississippi lugar donde el matrimonio se podía realizar.

La película refleja muy bien como Jerry de 22 años, se aprovecha de la inmadurez de la joven de 13 años, como así también de su posición preeminente.

Al respecto de la preeminencia, vemos que Jerry goza de mucha popularidad, mayormente entre los jóvenes, siendo una figura pública. Esto queda evidenciado en la película cuando Myra concurre con las amigas del colegio a su casa y ostenta la cercanía con Jerry, como así también el momento en que el músico va a buscarla al colegio, donde se ve como los jóvenes se exaltan cada vez que llega con su auto convertible, circunstancia aprovechada al máximo por el sujeto activo. Asimismo, también en el primer encuentro con Myra surge que Jerry ya ha estado casado dos veces, gozando de una amplia experiencia más allá de su mayoría de edad.

Al respecto de la inmadurez de la joven, el film la retrata como aún aniñada y sin ningún tipo de experiencia respecto a relaciones sexuales o incluso de pareja. Puntualmente, entre otros elementos, vemos como, al momento de casarse, ella mira al Ministro que los estaba casando sin entender qué es lo que le está diciendo, los alcances o qué está sucediendo. Otro elemento

<sup>132</sup> Great Balls of Fire; Fecha de estreno: 30 de junio de 1989 (Estados Unidos); Director: Jim McBride; Música compuesta por: Jerry Lee Lewis; Historia de: Myra Gale Brown, Murray M. Silver Jr.

de ello es al momento de irse de la casa con Jerry, donde lo primero que agarra es su casa de muñecas, indicando lo añorada que es Myra.

*Donna sostiene que*

Aprovecharse es sacar partido o utilizar ventajas propias de una situación de hecho, que en el caso concreto del ilícito que tratamos es la inmadurez sexual de la víctima, sumada a la mayoría de edad del autor, a su situación preeminente de sujeto activo o circunstancia equivalente. La relación de preeminencia u otra circunstancia equivalente respecto de la víctima deberá ser analizada en cada caso, descartándose hipótesis de coacción, pues si no el autor incurriría en los supuestos del artículo 119 del Código Penal. Debe tratarse, como afirma Villada, de una situación de mera ventaja o circunstancia facilitadora de la seducción o abordaje que despliega el sujeto activo sobre el sujeto pasivo. El aprovechamiento debe manifestarse a través de conductas tendientes a lograr el consentimiento de la víctima. Debe aceptarse que no resulta igual la utilización de cualquier medio para que se configure el aprovechamiento exigido por el estupro, sino que cuanto mayor sea la inexperiencia por inmadurez del sujeto pasivo, menores serán las exigencias para considerarla seducida, y viceversa (págs. 118/119).

Confrontando la última película citada con lo sostenido por Donna, vemos como Jerry, estrella de rock, ha aprovechado su posición preeminente y su experiencia en cada oportunidad que le ha dado la convivencia para seducir a la niña, lo que se incrementaba al ejercer la guarda, aunque sea temporal, en ausencia de los padres de la joven.

## Referencias

Borthiry, Stefanía “Estupro: de la mujer honesta a la inmadurez sexual de la víctima”; Palabras del Derecho; 29-10-202; <https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/3198/Estupro-de-la-mujer-honesta-a-la-inmadurez-sexual-de-la-victima>)

*Cine y Derecho Penal Delitos en el Séptimo Arte*; Editorial Edulp; Pag. 101/105

*Donna, Edgardo Alberto, Delitos contra la integridad Sexual.*

*Latini, Cielo, ABZURDAH*, Editorial Planeta

Rigatuso, Giorgina ¿Error de tipo o de prohibición?; El C.,N.O s/ Abuso sexual con acceso carnal”, bajo la óptica de la teoría del delito; Revista Pensamiento Penal (ISSN 1853-4554), Julio de 2022, No. 429 <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/Error%20de%20tipo%20o%20de%20prohibici%C3%B3n%20-%20EDITADO.pdf>

## CAPÍTULO 15

# Abuso sexual seguido de muerte ¿un final inesperado?

*Karen Marlene Montenegro y María Luz Santos Morón*

En estas líneas abordaremos desde diferentes perspectivas, un análisis del agravante establecido en el art. 124 del Código Penal<sup>133</sup>, el cual reza: “...*Se impondrá reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida...*”<sup>134</sup>. Todo ello nos permitirá aproximarnos a las particularidades que identifican a los delitos contra la integridad sexual, desde la dimensión del derecho penal, pero también, como fenómeno de una sociedad patriarcal donde el abuso y la violencia sexual, son eslabones de una larga cadena de violencias. Vemos ejemplos cinematográficos claros con crudas escenas que representan los tipos delictuales de carácter sexual, films clásicos como *Escupiré sobre tu tumba*<sup>135</sup> donde una joven es abusada en reiteradas ocasiones por un grupo de varones y dejada a su suerte luego de haber sido considerada muerta por sus agresores. Asimismo, en el rodaje titulado *Irreversible*<sup>136</sup> se visualiza una escena de un brutal abuso, que ha generado grandes controversias en la crítica del mundo del cine, debido a las imágenes sensibles que contiene. Encontramos series popularmente conocidas, como es el caso de *Inconcebible*<sup>137</sup>, basada en hechos reales, en la cual podemos ver el desplegar delictivo de un abusador en serie, que no deja rastro en las escenas donde agrede sexualmente a sus víctimas. Dichos acontecimientos suceden en Washington y Colorado.

## Evolución legislativa

De la evolución histórica, ya en el código de Tejedor de 1887, observábamos un incremento de la pena prevista para delitos sexuales en los términos de los artículos 119 y 120, notoria diferencia del artículo actual vigente, que transforma la pena en perpetuidad. Algunas décadas

<sup>133</sup> Aprobado por la ley 11.179, el 30-sep-1921.

<sup>134</sup> Artículo sustituido por el art. 1 de la ley 25.893.

<sup>135</sup> *I Spit on Your Grave* es una película estadounidense del año 2010. Fue dirigida por Steven R. Monroe, y protagonizada por Sarah Butler, Chad Lindberg, Daniel Franzese, Rodney Eastman, Jeff Branson y Andrew Howard.

<sup>136</sup> *Irreversible* es una película francesa dramática de 2002 escrita y dirigida por Gaspar Noé, reconocido cineasta argentino y protagonizada por Monica Bellucci, Vincent Cassel y Albert Dupont.

<sup>137</sup> *Unbelievable* es una miniserie de drama, estadounidense, del año 2019. Transmitida por la plataforma Netflix, Fue protagonizada por Toni Collette, Merritt Wever y Kaitlyn Dever. Ha sido cocreada por Susannah Grant, Ayelet Waldman y Michael Chabon.

después, ya a mediados del siglo XX, durante los proyectos de 1960 y 1979, se establecieron algunas diferenciaciones en cuanto a la aplicación de la agravante por el resultado muerte ante el delito de violación y de estupro, y se abordaba bajo el título de “Muerte preterintencional”.

Luego, tras la sanción de la ley 25.087, “se mantenía la redacción vigente al momento de su sanción”. Recién en el año 2004, se promulgó la ley 25.893, que vino a poner un condimento especial a la hasta allí vigente legislación, ya que la pena prevista de la agravante se transformaría en perpetuidad. Actualmente, el art. 124 establece pena de prisión perpetua.

El Código Penal Comentado de la Asociación Pensamiento Penal refiere:

La utilización de verbos como resultar, producir, ocurrir, o, expresiones como “fuere seguido” o “fuere causa”, no es ni nueva ni mucho menos infrecuente en la redacción de los tipos penales incluidos en nuestro Código Penal (CP) funcionado, en general, como el preludio de la imposición de una pena más severa por la ocurrencia de un suceso más gravoso.” Refiere a su vez que: “El dispositivo que toca analizar – incorporado a nuestro digesto represivo con posterioridad, casi cinco años, a la reforma que, de los otros delitos contra la honestidad, actualmente delitos contra la integridad sexual, formulara la ley 25.087 –alcalizó su operatividad no sólo sobre todos los abusos sexuales (artículo 119) y el estupro (artículo 120), sino también sobre la Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (leyes 24.6601 7, 25.89418 y 26.8131 9), sobre el sistema de la libertad condicional (ley 25.892), y sobre el régimen de la extinción de la acción penal por prescripción (ley 26.705).

## Sujetos

El artículo en análisis comienza refiriéndose como sujeto activo “al que” hubiera realizado una conducta delictiva en los términos de los artículos 119 y 120 del CP, y como sujeto pasivo se refiere a “persona ofendida”, por lo que, entendemos que se trata de un delito de “delicta comunia”, es decir, que el sujeto activo y el sujeto pasivo no poseen cualidades específicas.

## Bien jurídico protegido

En cuanto al *bien jurídico protegido*- Luis Fernando Javier Milei continúa explicando:

(...) el caso que nos convoca, podría suponerse la pluri ofensividad (libertad sexual sumada a la vida de la persona ofendida), sobre todo por el aumento de la pena privativa de la libertad conminada. Sin embargo, por la forma en que está redactado el tipo penal, no puede tenerse por sancionada la pérdida

de la vida de la víctima. En efecto, la muerte en sí misma no es delictiva sino, antes bien, la forma en la que a ella se llega, y esa forma es a través de conductas homicidas dolosas, culposas a preterintencionales. Dicho de otro modo, el homicidio siempre conlleva la muerte de alguna persona, pero no siempre la muerte tiene por causa el homicidio. Y adviértase que lo que se menciona en el dispositivo es la palabra muerte y no la palabra homicidio. Por lo tanto, ¿cómo podría suponerse que se sanciona al autor de la muerte de otro en nuestro derecho represivo si no lo es a través de las figuras de homicidio? Así las cosas, en el caso que nos ocupa, el BJ<sup>138</sup> es único, es decir, sólo se sanciona la lesión a la integridad sexual de la víctima, adicionándose como una agravante de la pena, la muerte de la persona ofendida. Se pretende tutelar la vida de la víctima del ataque haciendo referencia a la muerte, cuando, en realidad, los ataques a la vida de las personas se sancionan mediante los tipos penales de homicidio. Ni más ni menos que esto.

## Aspecto objetivo

Asimismo, refiere en su aporte que:

(...) deben tenerse en cuenta varios elementos. En primer lugar, deben encontrarse todos los elementos de los tipos penales referidos en el dispositivo, es decir, los elementos de los artículos 119 y 120 del C.P. que ya han sido desarrollados. En segundo lugar, a todos los elementos mencionados, se le agrega un nuevo elemento cual es el de “persona muerta”. Desde ya que no cualquier persona muerta, sino solamente la persona ofendida, es decir, la víctima del ataque. Entonces, es la muerte de la persona ofendida la que debe resultar y no el homicidio.

En su artículo el autor realiza una crítica, planteando que:

El principio del acto<sup>139</sup>, consagra a la acción humana como el presupuesto ineludible para la aplicación de una pena. Sólo la acción y nada más que ella puede ser desvalorada por el derecho y ser merecedora de una reacción coactiva negando, políticamente, el derecho penal de autor en todas sus variantes<sup>140</sup>. Y no sólo esto. Deja claramente de lado el caso fortuito. Sólo puede sancionarse aquello que el sujeto quiso hacer e hizo y aquello que realizó por no prever lo previsible. A mi entender, una interpretación distinta a

<sup>138</sup> Se refiere a Bien Jurídico.

<sup>139</sup> NULLUM CRIME SINE CONDUCTA, es un principio fundamental del derecho penal, significa “no hay crimen, sin conducta”.

<sup>140</sup> Artículos: 19 de la Constitución Nacional; 11. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 15.1 del Pacto Inter nacional de los Derechos Civiles y Políticos y del artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

la propuesta, violaría flagrantemente este principio. Y el artículo 124 al proponer agravarla pena por un suceso no vinculado a los designios del autor, se enrola en aquellos dispositivos que colisionan frontalmente con este principio”. Agrega que “El principio de culpabilidad<sup>141</sup> es la característica distintiva de un orden jurídico que considera a la persona como un ser libre y responsable, capaz de motivarse en las prescripciones jurídicas, y susceptible de ser alcanzado por la coerción punitiva sólo en la medida de su responsabilidad y nunca en función del azar o de la razón del Estado. La existencia de dolo o culpa respecto de la realización del suceso objetivamente descrito en los tipos penales, es una de las consecuencias más relevantes de este principio; si el suceso no fuese cometido doloso o, al menos, culposamente, no constituye un ilícito apto para ser sometido a la valoración propia del estrato de la culpabilidad, porque la irreprochabilidad es manifiesta de antemano. Así las cosas, de este principio otro que es la evitación que, además de ser un criterio de atribución del resultado (sólo son atribuibles a la acción de un sujeto los resultados que pudo evitar), también rinde sus frutos en toda la estructura de la teoría del delito, en la medida que sólo en función de la no evitación de lo evitable pueden imponerse al autor consecuencias jurídicas adversas. En efecto, es la contracara de la responsabilidad por el resultado e impide atribuirle al autor un resultado imprevisible, a la vez que reduce la imputación de un resultado al dolo, a la imprudencia o a una mixtura de dolo y culpa. El principio de culpabilidad resulta aceptado por unanimidad, desde que la exclusión de la responsabilidad por el resultado es, por otra parte, consecuencia de la función motivadora del tipo penal, el que, por carecer de toda razón la prohibición de sucesos sólo causales, permite únicamente, como materia de la mentada prohibición, la de aquellos resultados que sean previsibles y evitables.

En la película argentina ganadora del Oscar, *El secreto de sus ojos*<sup>142</sup>, comienzan contando la historia de Benjamín Espósito, agente judicial protagonizado por el conocido actor argentino Ricardo Darín, quien decide comenzar a escribir acerca de un caso en particular que años atrás marcó su carrera profesional, para ello, decide citar a su ex colega Irene Menéndez Hastings, personaje representado por la actriz Soledad Villamil. Espósito quería relatar el caso de “Liliana Colotto de Morales”, papel de una joven interpretada por la actriz y escritora argentina Carla Quevedo. Liliana era una maestra que tenía 23 años de edad y había contraído matrimonio recientemente con el bancario Ricardo Morales. Fue encontrada sin vida en su domicilio de Buenos Aires, una fría mañana de junio de 1974. A priori, las fuertes imágenes de la escena del crimen muestran a Liliana tendida sobre el suelo, desnuda, con signos de golpes en su rostro y cuerpo y todo indicaba que había sido víctima de un brutal abuso sexual. La

<sup>141</sup> “El principio de culpabilidad” implica que no puede castigarse al individuo por su forma de ser o sus características personales, sino que, exclusivamente por su conducta, ya sea esta dolosa o culposa.

<sup>142</sup> Dirigida por el director Juan José Campanella, guionista. Eduardo Sacheri Juan José Campanella; producida por Gerardo Herrero

autopsia finalmente revela elementos de violencia de esa índole, y que el fallecimiento de la víctima fue por causa violenta, es decir, que estaríamos frente a una figura delictiva de homicidio. A su vez, había un dato no menor que hacía ruido en las investigaciones de entonces, Benjamín Espósito y su ayudante, Pablo Sandoval (este último personaje interpretado por el actor Franchella Guillermo), las puertas y ventanas del domicilio de la joven no habría sido forzada lo que los llevaba al razonamiento de que el sujeto activo conocía a la víctima y que la mató luego de abusar de ella para garantizar su impunidad. En este caso no estaríamos ante el agravante establecido por el art. 124 C.P., sino que al existir dolo directo al matar a la joven la calificación legal encuadra en el art. 80 inc. 7 del Código Penal.

Es pertinente abrir la reflexión que, si el hecho de la película ocurriera luego de la incorporación del inc. 11 al art. 80 del C.P., podría también encuadrar en dicho inciso que reconoce la figura de femicidio propiamente dicha.

## Aspecto subjetivo

Continuando con el abordaje del art. 124, Jorge Buompadre, en su aporte al código comentado de Pensamiento Penal<sup>143</sup>, refiere con respecto al elemento subjetivo del tipo que:

Se trata de un resultado preterintencional no conectado subjetivamente al autor. La muerte de la víctima es un acontecer culposos que no estuvo en los designios del agente, ni siquiera como resultado probable. La muerte de la persona ofendida –dice la norma– debe “resultar” de algunas de las conductas previstas en los arts. 119 y 120, esto es, que debe ser una consecuencia del propio abuso sexual, del sometimiento sexual gravemente ultrajante o del acceso carnal, y en todas estas hipótesis no debe haber estado prevista por el autor. De otro modo, la figura quedaría desplazada al art. 80, inc. 7 del Cód. Penal<sup>144</sup> - conocido como “criminis causa”. El autor hace mención a que: “se trata de una agravante, cuyo resultado escapa a los designios del autor; la muerte no es querida, ni siquiera prevista como probable

Edgardo Donna<sup>145</sup>, por su parte, considera que: *“Se agravan los tres tipos de abuso sexual contenidos en el artículo 119, en los casos en que resultare la muerte de la persona ofendida. También en este punto la cuestión de la relación subjetiva puede discutirse”*. Señala el autor que: *“La doctrina no ha distinguido, aunque se acerca Núñez<sup>146</sup> más a la solución propuesta por nosotros”*. Fundamenta que: *“para Núñez, además de la muerte como resultado*

<sup>143</sup> Pensamiento Penal es un código penal comentado de acceso libre, a cargo de la dirección de Gabriel M. A. Vitale.

<sup>144</sup> Artículo 80 inc.7 del código penal argentino: “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 7. Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito”.

<sup>145</sup> En su obra titulada: “Delitos contra la integridad sexual”, 2da edición.

<sup>146</sup> Abogado especialista en Derecho Penal, profesor universitario, escritor de la materia y juez argentino.



*preterintencional, quedan comprendidos en la agravante los supuestos en que el resultado de muerte haya sido previsto como consecuencia probable del acceso y eventualmente aceptada su producción*". El doctrinario trae a su texto el razonamiento contrapuesto de Soler: "*sólo queda comprendida en la agravante la muerte como resultado preterintencional*"<sup>147</sup>, y agrega que a diferencia de Soler, él consideraba que:

(...) sólo integran la agravante aquellos resultados de muerte que han sido abarcados por el dolo indirecto y eventual del autor, concurriendo realmente con el homicidio culposo en los casos en que así suceda. En cambio, cuando el autor seleccionó el abuso sexual como medio para matar a la víctima no habrá agravante, sino ambos delitos (abuso sexual en cualquiera de sus formas y homicidio) los que concurrirán realmente. Cuando la muerte es el medio para conseguir la consumación del hecho típico del modo que lo quiere el autor, aquél concurrirá con el homicidio calificado del artículo 80, inciso 7° del Código Penal, siempre que la violación se produjera mientras, por ejemplo, la víctima estuviera agonizando. Hay que tomar en cuenta que, si se mata a la víctima para preparar, facilitar o consumir el abuso, en realidad éste no se consumará (sería un caso de necrofilia). Consecuentemente, el hecho entra directamente en las previsiones del artículo 80, inciso 7° del Código Penal.

Aquí encontramos un punto de partida importante para comenzar a distinguir, en que supuestos cuadraría el artículo 124, y que supuestos en los que no, y su fundamento. Es importante precisar las particularidades de esta agravante debido a que corre con una suerte de similitudes, por un lado, y diferenciaciones, por el otro, con otras figuras establecidas a lo largo del código, lo que, dependiendo de donde esté puesta la intención delictiva del sujeto activo y, teniendo en cuenta del resultado muerte como tal y no como homicidio, estaremos frente a un artículo 124, artículo 80 inciso 7, artículo 80 inc. 11, o podemos estar frente a un concurso real de abuso sexual y *homicidio culposo*.<sup>148</sup>

Ahora bien, siguiendo con las menciones cinematográficas, procuraremos referirnos a películas y series, con el objetivo de poder diferenciar la agravante en cuestión. *Winder River*<sup>149</sup> es un film que se basa en hechos reales, es una historia que transcurre en la Reserva Indígena, en el estado de Wyoming, donde el actor Jeremy Renner encarna el papel de Cory Lambert, un agente del servicio de pesca y vida silvestre, quien residía allí. Una mañana Cory descubre el cuerpo congelado de una joven oriunda del lugar, llamada Natalie Hanson, de 18 años, descalza y con indumentaria inadecuada para el clima polar habitual de aquel sitio y con signos en su cuerpo de haber sido violentada. Ingresa entonces en escena el personaje de una joven agente del FBI, Jane Banner interpretada por la actriz Elizabeth Olsen, quien inicia una ardua investigación, intentando descubrir que fue lo sucedido en aquella madrugada. Por lo

<sup>147</sup> El autor remite a NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 270; y a SOLER, ob. cit., t. 111, p. 298.

<sup>148</sup> El *homicidio culposo* está establecido en el artículo 84 del Código Penal.

<sup>149</sup> *Wind River* es una película estadounidense de 2017, perteneciente al género suspenso, escrita y dirigida por Taylor Sheridan. Está protagonizada por Jeremy Renner y Elizabeth Olsen

pronto, la autopsia del cuerpo de Natalie devuelve en los resultados hallazgos de trauma cerrado y violencia sexual, y confirma la deducción de Cory, quién tenía la teoría de que la adolescente había muerto por exposición, específicamente, por una hemorragia pulmonar causada por inhalación rápida de aire bajo cero. Es aquí donde se abre la posibilidad de que el ataque sexual se haya desenvuelto en momentos previos al deceso de la joven, quien se cree que, por las huellas y rastros de sangre en la nieve, estaba huyendo de sus abusadores, cuadrando así la agravante prevista en el art. 124, resultando la muerte de la persona ofendida en un contexto de violencia sexual, excediendo el resultado de la intención de los sujetos activos.

Por último, nos gustaría hacer mención a la escena de abuso representada en el episodio sexto, de la temporada segunda, de la serie argentina *El Reino*<sup>150</sup>. En esta escalofriante escena podemos ver a Joaquín Furriel, encarnando el papel de un esquizofrénico llamado Osorio Rubén, abocado a la política, quien una madrugada decide irrumpir en el domicilio de su psiquiatra llamada Samanta, que interpreta la actriz Julieta Cardinale. Mientras ella descansaba en su habitación, el sr. Osorio entra sigilosamente y la sorprende, en ese momento se percibe tensión en la escena, ambos llevan a cabo una conversación que intimida a la profesional. Luego de un breve dialogo, Samanta intenta realizar una maniobra de escape percibiendo un inminente ataque, pero fracasa y su paciente ejerce violencia sobre el cuerpo de la joven, logrando dejarla inmóvil en el suelo. El agresor prosigue a amordazar a Samanta y abusar sexualmente de ella con acceso carnal, la agresión física que ejerce sobre el cuerpo de la víctima durante el acto es tal que la asfixia. La psiquiatra fallece durante el transcurso del hecho.

Así las cosas, en miras a determinar la intención del autor en esta situación, deberíamos analizar si el resultado muerte fue porque actuó con dolo eventual, con dolo directo o si se tratare de un concurso real con homicidio culposo. A nuestro entender el sujeto activo despliega una conducta con dolo directo, lo entendemos así por el contexto, teniendo en cuenta de que ambos mantenían un vínculo de psiquiatra-paciente, la muerte fue provocada para facilitar su impunidad. Dato importante que nos lleva a esta conclusión es que Osorio, luego de matarla, limpia la escena del crimen. Dicho comportamiento del autor refuerza nuestra postura, ya que denota una clara intención de no ser descubierto, cuadrando así su conducta en un *crimenis causa*, art. 80 inc. 7 del Código Penal.

## Jurisprudencia: “Caso Lucía Pérez”

Como precedente jurisprudencial traemos a estudio el hecho ocurrido en el año 2016 de la joven de 16 años que fue abusada sexualmente y de la que resultó la muerte, fue unos de los

<sup>150</sup> *El Reino*, es una serie disponible en la plataforma Netflix, dirigida por Rodrigo Sorogoyen y con los guiones de Rodrigo Sorogoyen Isabel Peña.

casos de *Femicidio*<sup>151</sup> (como categoría socio política) que abrió paso en nuestro país a las enormes movilizaciones conocidas como “Ni una menos”.

Luego de varios años de proceso se dictó sentencia condenatoria en marzo del 2023 por parte del Tribunal en lo Criminal N° 2 de Mar del Plata<sup>152</sup>. La condena fue por “*violación agravada por el suministro de estupefacientes y por resultar* la muerte de la víctima en concurso ideal con Femicidio”, justamente aplicando el art. 124 del C.P. La acusación en el segundo juicio que se desarrolló en el mes de febrero insistió

(...) en cuanto al contenido volitivo en la imputación que tiene que ver con el abuso sexual agravado, a su entender existe dolo directo, mientras que en relación al resultado muerte el dolo es eventual (Art. 124 C.P.), el cual no evita la imputación del Femicidio. El desprecio del posible resultado muerte en el acontecer de Lucía estuvo guiado por ese marco de misoginia y utilización de la mujer como un mero objeto de satisfacción de necesidades primarias”. El juzgador acogió la calificación planteada por la acusación sin perjuicio de desarrollar fundamentos propios que nos permiten seguir analizando este delito. Así dijo “Si quisiéramos servinos de parte de los aportes de la brillante tesis doctoral de Joachim VOGEL de 1993, quien encarara la fundamentación de los delitos de omisión impropia a partir del edificio dogmático propuesto por la teoría analítica de las normas, podríamos decir que los tipos de delitos comisivos se transforman en estos casos, habilitando la subsunción de supuestos de no ejecución de una acción que satisface –semánticamente- una determinada descripción en tales tipos. Pues, en los delitos de resultado, claro está –como bien señala MAÑALICH- que el condicionamiento de un resultado R es constitutivo tanto de una acción productiva de R como de la omisión de una acción impeditiva de R (Confróntese MAÑALICH en la obra más arriba citada, p. 234. También VOGEL, Joachim; Norm und Pflicht bei denunechten Unterlassungsdelikten, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, passim).

Más adelante continúa

(...) En el presente caso, Farías tenía a disposición una fuente de peligro– estupefacientes altamente invasivos- y por ello tenía el deber de asegurarla, máxime conociendo el historial de policonsumo que Lucía presentaba desde la jornada anterior y su condición de menor de edad, con el concreto estadio de evolución madurativa que tal instancia supone, lo cual fue claramente explicado por la Lic. Bertarini. Es decir, en el decurso de su encuentro con finalidad sexual el encausado siguió suministrando droga a la víctima en forma excesiva, debiendo haber neutralizado ese peligro con una acción

<sup>20</sup> El *FEMICIDIO* es un supuesto de agravante establecida en el artículo 80 inciso 11 del código penal. Fue introducida por la “Ley de género” Ley 26.743.

<sup>152</sup> <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/90679-juicio-lucia-perez-condena-violacion-agravada-sumistro-estupefacientes-y-resultar>

concreta: haber detenido o “cortado” el suministro en el momento decisivamente relevante. Entonces, la injerencia ilícita que anteriormente referenciara debió trocar en una neutralización del peligro generado.

Concluyendo así los fundamentos:

A modo de resumen, se ha acreditado con la certeza que esta instancia requiere que Matías Gabriel Farías abusó sexualmente con acceso carnal de Lucía Pérez Montero, contexto en el cual le suministró una cantidad indeterminada de estupefacientes que le provocaron la muerte, conducta que encuadra en el tipo penal previsto en el art. 124 del código fondal.” El fallo en análisis expresa que “... Nos enfrentamos ante dos tipos penales que responden a una estructura de comisión dolosa, y al respecto ninguna duda cabe respecto al delito de “femicidio” (CP, 80 inc. 11), pero alguna discusión admite por su redacción el art. 124 del CP, en cuanto reza que del abuso sexual “resultare la muerte de la persona ofendida”, al tiempo que del debate parlamentario pareciera admitirse incluso la muerte producida por caso fortuito o accidental. Empero, la pena de prisión perpetua que prevé esa norma nos obliga a realizar una interpretación racional y reductora, excluyendo cualquier posibilidad de responsabilidad objetiva contraria al derecho penal liberal y constitucional, para concluir que esta norma sólo resulta aplicable a los casos en que la muerte de la víctima se produce por dolo, en cualquiera de sus formas.” Llegando a la conclusión que “En función de lo dicho, reitero, ambos tipos penales responden a la estructura de comisión dolosa definitiva, el tipo objetivo del art. 124 estaría probado, porque el sujeto activo accedió carnalmente a la víctima mediando abuso violento de una situación de poder, y por el suministro de drogas del que se valió para doblegar su consentimiento, falleciendo por una asfixia tóxica provocada por esas mismas drogas.

## Sobre la figura de estupro agravado por el resultado de muerte

Para finalizar, mención especial requiere la agravante cuanto estamos ante la figura de estupro (art. 120 CP). Donna<sup>153</sup>, desarrolla una postura crítica en cuanto al agravante establecido por el resultado muerte frente a un hecho delictivo en los términos del artículo 120 del código de fondo, plantea que:

El Código agrava la penalidad del delito de estupro cuando aparece cometido con el concurso de ciertas circunstancias que especifican los artículos 119, incisos a, b, c, e, y f, y 124 del Código Penal. En la agravante por muerte o lesiones, está claro que se exige dolo, habida cuenta de que la seducción no

<sup>153</sup> En su obra titulada: “Delitos contra la integridad sexual”

se puede lograr por medio de la violencia, y este punto no parece haberlo advertido la doctrina, que sólo hace una remisión al delito de violación. Es que no es pensable el delito de estupro, en el cual existe la seducción, y que al mismo tiempo exista violencia que cause la muerte, porque el tipo penal se convertiría en violación. Por ende, la muerte será siempre un homicidio que concurrirá realmente con el tipo de estupro. En la agravante por muerte o lesiones, está claro que se exige dolo, habida cuenta de que la seducción no se puede lograr por medio de la violencia, y este punto no parece haberlo advertido la doctrina, que sólo hace una remisión al delito de violación. Es que no es pensable el delito de estupro, en el cual existe la seducción, y que al mismo tiempo exista violencia que cause la muerte, porque el tipo penal se convertiría en violación. Por ende, la muerte será siempre un homicidio que concurrirá realmente con el tipo de estupro”. Buompadre, en su aporte realizado en Pensamiento Penal<sup>154</sup>, describe que “la remisión al delito del art. 120 constituye un punto apoyo a la tesis del resultado preterintencional que sustentamos, por cuanto la muerte de la víctima no parece ser un resultado compatible con la estructura típica del estupro, cuya dinámica comisiva requiere el consentimiento del sujeto pasivo. En el año 2003 se presentó un proyecto de ley que eliminaba el agravante en el caso del art. 120. En el año 2004 también se presentaron proyectos uno de ellos donde se proponía incorporar “si con motivo u ocasión.

Adherimos a las posturas aquí expuestas en cuanto a que comprendemos que el consentimiento del sujeto pasivo en el delito de estupro no sería compatible con la figura de un resultado muerte, por cuanto si el sujeto activo desplegase violencia sobre el sujeto pasivo estaríamos ante un delito de abuso y no de estupro, propiamente dicho.

<sup>154</sup> [https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/arts.\\_119\\_a\\_120\\_abusos\\_sexuales\\_0.pdf](https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/arts._119_a_120_abusos_sexuales_0.pdf)

## CAPÍTULO 16

### Artículo 125

#### *El efecto mariposa y los rastros de la corrupción sexual sobre niños y niñas<sup>155</sup>*

*Stella Maris Tato y Gabriel M A Vitale*

### Introducción

Evan<sup>156</sup> ha perdido la noción del tiempo, ya que desde una edad muy temprana, momentos cruciales en su vida han desaparecido en el agujero negro del olvido; su infancia se ha visto marcada por una serie de acontecimientos aterradores que no es capaz de recordar. Lo que queda es el fantasma de los recuerdos y las vidas rotas que le rodean: las de sus amigos de la niñez.<sup>157</sup>

Durante toda su infancia Evan asistió a sesiones de terapia escribiendo un diario con todos los detalles de su vida cotidiana. Más adelante, en la universidad, decide leer uno de sus diarios y de repente se encuentra en el pasado. Finalmente se da cuenta de que los diarios que guarda debajo de la cama son un vehículo para regresar al pasado y recuperar sus recuerdos.

Decidido a llevar a cabo lo que no pudo hacer durante su infancia, el protagonista viaja en el tiempo -con su mente actual en el cuerpo de niño- e intenta reescribir la historia para que sus seres queridos no sufran las experiencias traumáticas que padecieron. Al modificar el pasado Evan espera transformar el presente.

El tema en tratamiento en esta presentación, se encuentra relacionado con la promoción y/o facilitación de la corrupción de personas, tanto menores, como mayores.

Elló así, ya que el artículo que alude a la cuestión, refiere que:

**ARTICULO 125.** - *El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediere el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años.*

*La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años.*

<sup>155</sup> El efecto mariposa (The butterfly effect) Dirigida por Eric Bress y J. Mackye Gruber

<sup>156</sup> Ashton Kutcher

<sup>157</sup> Kayleigh (Amy Smart), Lenny (Elden Henson) y Tommy (William Lee Scott).

Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda.<sup>158</sup>

Lo que el artículo en tratamiento, intenta tutelar, es el desarrollo de la sexualidad que, en el caso concreto de la corrupción, se vería afectada por el modo de su práctica, pretendiéndose proteger principalmente la intangibilidad o indemnidad sexual de los menores de dieciocho años de edad, quienes, en razón de la misma, no han alcanzado la plena madurez física, psíquica y sexual, tal cual lo ha señalado Arce Aggeo- Báñez- Asturias. (2018, pág. 595)<sup>159</sup>

Creus (1998, pág 195), mencionó que la corrupción típica, es el estado en el que se ha deformado el sentido naturalmente sano de la sexualidad, sea por lo prematuro de su evolución (con respecto a la edad de la víctima), sea porque el sujeto pasivo llega a aceptar como normal –para su propia conducta- la depravación de la actividad sexual.

Si nos detenemos en la definición de la Real Academia Española, el término corromper en sus primeras acepciones se refiere a “*Alterar y trastocar la forma de algo*” y “*Echar a perder, depravar, dañar, pudrir*”. Más vinculado con este delito, refiere el término a “*Pervertir o seducir a alguien*”. Desde ya, la determinación de la definición de este término debe correlacionarse con el bien jurídico afectado: la integridad sexual. Es decir, que el tipo penal procura reprimir los actos que promueven o facilitan la corrupción de los niños o de las niñas afectando su integridad sexual.<sup>160</sup>

También ha dicho que la conducta del autor, requiere actos materiales de carácter sexual u otros eficaces para corromper o depravar sexualmente. La iniciación sexual prematura y/o las prácticas sexuales viciosas y reiteradas, genéricamente constituyen formas de corrupción, aunque no siempre, ni en todos los casos, por lo que deberán tenerse en cuenta circunstancias de tiempo, modo, lugar y persona para arribar a una valoración adecuada de dichas conductas.

Promueve, quien concibe la idea o alienta la iniciación de actos corruptores o su realización, o quien contribuye a profundizar lo ya corrompido, manteniéndolo en tal estado o profundizándolo.

Facilitares colaborar para hacer posible o más fácil, la corrupción o prostitución, lo que se puede lograr mediante la eliminación de obstáculos, la proporción de medios que favorecen o auxilian, aun cuando no sean indispensables. El acto de facilitación, es toda conducta de comisión o de omisión que contribuye, aunque no sea la única eficaz.<sup>161</sup>

Sin lugar a dudas los actos de penetración por la vía anal, vaginal u oral, van a tener un efecto corruptor. Ahora, hay actos que, en principio, se consideraría que no tienen la entidad

<sup>158</sup> Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

Dicha norma, encuentra su concordancia con los arts. 6to., 9no., 12, 18, 19, 20 bis, 22 bis, 26, 41 ter, 78, 119, 127 bis, 133 y 149 bis, así como los arts. 6yo, 21, 25, 104 509 y 529 a 536 del CCCN.

<sup>159</sup> Arce Aggeo- Báñez- Asturias, Código Penal comentado y ordenado, 2018, pág. 595.

<sup>160</sup> <https://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37679-art-125-corrupcion-menores> artículo desarrollado por Mary Beloff, Diego Freedman y Santiago Bertinat Gonnet.

<sup>161</sup> Donna, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte Especial, t I, Editorial Rubinzal, Culzoni Editores, en “Nociones generales sobre el Código Penal, pag. 443,

corruptora como un beso en los labios o un manoseo en la zona de las piernas. Ahora, en la realidad, pueden darse otras situaciones intermedias en las que será necesario analizar las características del acto, su duración, su reiteración, las condiciones personales de la víctima y su relación con el autor de los hechos para determinar la entidad corruptora.<sup>162</sup>

Lo trascendental es que los actos deben tener “naturaleza sexual”, pero pueden ser desde actos ejecutados en el cuerpo del niño o de la niña, la inducción al niño o a la niña a realizar determinados actos.

En la película *Efecto Mariposa*, Evan ha olvidado los abusos sexuales cometidos por el señor Miller, quien, a su vez, también abuso de sus hijos. En esta trama, se visualiza claramente, los actos de contenido sexual, que obliga a realizar para grabar videos caseros pornográficos.

La película noveliza los traumas sufridos por los niños y niñas, los cuales quedan encapsulados para poder sobrevivir para cuando ellos son jóvenes. Esos abusos, son visualizados recién, cuando Evan puede volver al pasado y enfrentarse a los delitos cometidos contra integridad sexual llevados por el padre de sus amigos.

Una situación similar podemos observar en el film *Cincuenta sombras de Grey*<sup>163</sup>, el mismo narra la relación de tintes sadomasoquistas entre una estudiante de literatura y un joven empresario multimillonario.<sup>164</sup>

El personaje de la tímida y vulnerable Anastasia Steele cae rendida a los pies del atractivo y adinerado Christian Grey, quien a cambio de su amor y de algún que otro caro regalo, hace que la joven se introduzca en el mundo de BDSM.<sup>165</sup>

En un momento del film, Grey comenta que a los 15 años fue ingresado al mundo del sadomasoquismo por una amiga de su madre, y es un claro ejemplo, de cómo su desarrollo sexual, fue turbado a este tipo de prácticas.

La relación con otros tipos penales.

La redacción de ambos artículos, varias veces modificadas, fue propiciada, entre otros, por la petición de la diputada nacional Graciela Caselles, quien señaló en su solicitud las palabras que a continuación, transcribo:

(...) FUNDAMENTOS Señor Presidente: Iniciativas legislativas como esta vengo presentando desde el año 2012 (8252-D-2012), notaba en ese momento que el incremento de las estadísticas de los crímenes contra la integridad sexual, subían indiscriminadamente con el pasar del tiempo, situación que no percibo haya cambiado sustancialmente, razón por la cual creía necesario en este momento la presentación y sanción de ese tipo de iniciativas. Por ello insistí con el tema en 2014 (2843-D-2014), en 2016 presenté otro proyecto endureciendo las penas, (4316-D-2016), que volví a presentar en 2017 y 2019 (1552-D-2017 y 0737-D-2019). Todos estos son

<sup>162</sup> Pensamiento penal, ob.cit.

<sup>163</sup> Este film es la primera parte de la trilogía de novelas de la escritora británica E. L. James, de la que se han vendido más de 100 millones de copias en todo el mundo.

<sup>164</sup> Interpretada por Dakota Johnson y Jamie Dornan

<sup>165</sup> término que abarca prácticas como el bondage, la disciplina, la dominación, el sadismo o el masoquismo.



antecedentes del presente proyecto de ley Visto está, que las penas que dicta nuestro Código Penal muchas veces carecen de justicia ya que los tiempos de prisión o reclusión son muy cortos comparando el verdadero daño que causa a la víctima y con el alarmante número de casos reincidentes. Con el pasar del tiempo, la situación no ha cambiado si no que ha empeorado, razón por la cual creo necesario la presentación de este proyecto de ley, que endurece las penas aún más y plantea para los casos más graves la condena a prisión perpetua. Por otro lado, nuestro código penal da escalas de condenas muy amplias lo que permite fallos muy dispares según la línea ideológica de cada magistrado, la presente propuesta legislativa pretende terminar con esa situación haciendo más precisa la pena para cada delito. Visto está, que las penas que dicta nuestro Código Penal muchas veces carecen de justicia ya que los tiempos de prisión o reclusión son muy cortos comparando al verdadero daño que causa a la víctima sumad el alarmante número de casos reincidentes. Está comprobado que los psicópatas que han abusado sexualmente incluyendo el acceso carnal con violencia, no tienen retorno alguno ya que no hay avance científico aún, que logre modificar el goce que sienten al poner a su víctima en estado de sufrimiento y sometimiento. Es por eso que para este tipo de casos es necesario implementar condena perpetua. Los delitos sexuales y de violación constituyen una de las formas de vulneración de derechos más extrema del ser humano que afecta mayoritariamente a mujeres y menores de edad, cuyo impacto son de resultados fatales. Las víctimas de violación y abuso sexual prolongado desarrollan una pérdida de autoestima, la sensación de no valer nada, y adquieren una perspectiva anormal de la sexualidad, entre otros síntomas. Por todos es conocido que los fines que teóricamente están en la doctrina para la aplicación de las penas, generalmente no se cumplen, lo más terrible es que se ha llegado a demostrar, no en generalidad, pero las personas que han violado, lamentablemente cuando han salido en libertad han vuelto a cometer delitos de la misma naturaleza, sobre todo en los casos de pederastia, cuando las víctimas son niños, niñas y adolescente. Tenemos la obligación de tomar urgentes cartas en el asunto para impedir que la ola de abusos sexuales y violaciones sigan incrementándose, de hacer efectiva la justicia acompañados de equipos técnicos de psicólogos y psiquiatras que sigan cada caso individual para lograr el ideal de justicia y la tan esperada equidad. Por otro lado, es menester resaltar que las penas que nuestro Código Penal propone para aquellos que prostituyen, comercializan, lucran o gozan a personas mayores o menores de edad, son muy bajas teniendo o no en cuenta el consentimiento de los damnificados. Es por eso que, en este proyecto, propongo, además, modificar los años de prisión o reclusión a la mayoría de los artículos de los delitos contra la integridad sexual. Por lo expuesto se solicita la aprobación del presente proyecto de Ley. Diputada Nacional Graciela Caselles...

De la lectura de la Ley de Trata de Personas, publicada por la Procuraduría para el Combate de la Trata y Explotación de Personas (PROTEX), se deduce que la base de la doctrina y jurisprudencia ha sido elaborada de acuerdo con las formulaciones de los tipos penales establecidas por la ley 26.364. Y si bien la base conserva su utilidad en cuanto a los conceptos desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia para aquella versión legal, la ley 26.842, que entró en vigencia el 5 de enero de 2013, ha modificado varios aspectos que serán indicados brevemente en este documento. No obstante, se realizará una periódica actualización de la base en la medida que surjan antecedentes jurisprudenciales y artículos de doctrina basados en los nuevos textos. La finalidad es enunciativa de los cambios en el derecho vigente, fundamentalmente para que la base de doctrina y jurisprudencia pueda seguir siendo aprovechada, pero previniendo posibles confusiones con las disposiciones derogadas o modificadas por la ley 26.842.

## **La corrupción de menores y mayores relacionada con otros tipos penales: La trata de personas de los artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal**

### **Eliminación de los medios comisivos para la configuración del tipo de trata de personas mayores de 18 años**

De acuerdo con la ley 26.364, el artículo 145 bis del CP definía al delito de trata de personas mayores de 18 años a partir de la realización de los verbos típicos de captar, transportar y acoger/recibir a una persona con finalidad de explotación, pero exigía que el autor se valiera de mecanismos específicos para el logro de los verbos. Esos mecanismos específicos, conocidos como medios comisivos, han sido ahora eliminados del artículo 145 bis (han pasado a constituir agravantes del delito establecidos en el art. 145 ter). Desde la vigencia de la nueva ley el tipo penal del art. 145 bis queda cumplido con la captación, transporte o acogimiento/recepción de una persona con finalidad de explotación (existen cinco modalidades de explotación definidas en el art. 1 de la ley 26.842 que se mencionan más abajo). No importa entonces, para la satisfacción del art. 145 bis, si la víctima es mayor o menor de 18 años. De este modo, el desarrollo de los verbos típicos que contiene la base de doctrina y jurisprudencia conserva su utilidad; también el material sobre “medios comisivos”, en tanto continúan vigentes como agravantes del tipo básico.

### **Incorporación de un nuevo verbo al tipo penal de trata de personas**

El “ofrecimiento”. La ley 26.842 incorporó un verbo típico más al delito de trata de personas, que es el “ofrecimiento” de una persona con finalidad de explotación. Se trata de una nueva forma de comisión que puede tener importancia especialmente en casos de menores, cuya entrega por parte de los padres o tutores no constituía una forma de comisión autónoma. Del mismo modo, en las operaciones de “compraventa” o de cesión de víctimas, el dador no

quedaba abarcado directamente por las formas de “captación”, “transporte” o “recepción”. Dado que se trata de una acción típica nueva, la base no contiene doctrina o jurisprudencia sobre este tema.

### **Modificación de las finalidades de explotación: esclavitud y servidumbre**

La ley 26.842 produjo un ligero cambio en la redacción de las finalidades de explotación del inciso 1 en comparación con el texto de la ley 26.364. Antes el texto indicaba *“cuando se redujere o mantuviere una persona en condición de esclavitud o servidumbre o se la sometiere a prácticas análogas”*. En la actualidad dice *“cuando se redujere o mantuviere una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad”*. Para los significados de estas finalidades de explotación la información de la base sobre los conceptos de esclavitud y servidumbre sigue siendo aplicable, aunque recién con la generación de precedentes se verá en el futuro si el cambio en el texto legal tiene alguna consecuencia para la jurisprudencia o no. En cualquier caso, ya la definición de reducción a servidumbre posee bastantes dificultades. Con respecto a esta cuestión, además de la base de doctrina y jurisprudencia recomendamos especialmente tener en cuenta los lineamientos de la Resolución PGN 46/11, que posee una serie de recomendaciones y criterios para la determinación de un estado de “explotación” como elemento de la trata de personas, ya sea por esclavitud, trabajo forzoso o reducción a servidumbre.

### **Modificación de las finalidades de explotación: “explotación sexual”**

El texto del inciso c del art. 4 de la ley 26.364 decía: *“Cuando se promoviére, facilitare, desarrollare o se obtuviere provecho de cualquier forma de comercio sexual”*. Mientras tanto, el texto del inciso c del art. 1 de la ley 26.842 señala: *“Cuando se promoviére, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos”*. Aun cuando la jurisprudencia encuentre diferencias en el alcance de cada una de las redacciones, el material que ahora contiene la base sobre el “Fin explotación sexual” continúa siendo una guía provechosa, siempre que se tenga en cuenta que también los tipos penales referidos directamente a la explotación sexual han sufrido modificaciones (ver más abajo el título “B”).

### **Modificación de las finalidades de explotación: “pornografía infantil”**

La ley 26.842 incorporó dos finalidades de explotación que no estaban expresamente mencionadas en la ley 26.364. Una de ellas, agregada como inciso d del art. 1 es la promoción, facilitación o comercialización de la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido. Asumimos que la referencia a la “pornografía infantil” tiene como significado a las acciones definidas por el art. 128 del Código Penal. En otras palabras, que constituye en finalidad de explotación de la trata de personas a las conductas previstas por el art. 128. El título de la base “Fin de explotación sexual” dedica el

apartado e) a “Otras formas de comercio sexual. Pornografía infantil. Doctrina” que es útil para esta nueva finalidad incorporada por la ley 26.842.

### **Modificación de las finalidades de explotación: “matrimonio servil”.**

La otra finalidad de explotación incorporada por la ley 26.842, incluida como inciso e) del art. 1 se produce cuando “*se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho*”. No hay material sobre esta finalidad de explotación en la base por el momento.

### **Incremento de las escalas penales**

La ley 26.842 realizó numerosas modificaciones en las escalas penales en comparación con el régimen de la ley 26.364. Para no añadir complicaciones innecesarias a continuación se presenta sólo la nueva escala penal, que en lo que respecta a la base de doctrina y jurisprudencia tiene impacto sobre los precedentes de excarcelación del apartado n) “parte general” de la base de doctrina y jurisprudencia. Esta escala también tendrá incidencia en cuanto a los modos de finalización del proceso, dado que con los nuevos montos de pena la suspensión del juicio a prueba ya no será aplicable en ningún supuesto y la posibilidad de celebrar acuerdos de juicio abreviado también se ve reducida. La Nueva Ley de Trata 4 ya no resulta viable para los casos de víctimas menores de 18 años ni para los de consumación de la finalidad de explotación (en la práctica casi todas las sentencias dictadas hasta ahora, incluyendo las de juicio abreviado, eran por casos en los que se había consumado la explotación). El nuevo esquema punitivo es el siguiente: Supuesto Escala Penal 145 bis (tipo básico de trata de personas) 4 a 8 años de prisión 145 ter incisos 1 a 7 (agravantes de “medios comisivos”, embarazo, persona mayor de 70 años, discapacidad, enfermedad, 3 o más víctimas, 3 o más partícipes, supuestos de vínculos familiares, tutor, curador, ministro de culto, encargado de educación o guarda de la víctima, funcionario público o miembro de fuerzas de seguridad, policial o penitenciaria). 5 a 10 años de prisión 145 ter anteúltimo párrafo (agravante de consumación de la finalidad de explotación). 8 a 12 años de prisión 145 ter último párrafo (agravante víctima menor de 18 años) 10 a 15 años de prisión.

Modificación de agravantes: Los medios comisivos pasaron a constituir ahora agravantes del tipo penal de trata de personas; ellos son: a) engaño, b) fraude, c) violencia, d) amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, e) abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, f) concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de alguien que tenga autoridad sobre la víctima. Para todos ellos, el material de la base sigue siendo plenamente aplicable, aunque ahora no para configurar el tipo básico sino para pasar a una escala penal más gravosa. La ley 26.842 amplió también los supuestos de agravamiento por la calidad de la víctima; agregó a a) embarazadas b) personas mayores de 70 años c) personas discapacitadas, enfermas o que no puedan valerse por sí mismas. Con respecto a los agravantes por la calidad del autor hubo modificaciones en la enumeración de supuestos: a) La calidad de funcionario público pasó a ser un inciso aparte y agregó ahora expresamente a esa categoría genérica a quien sea miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. b)

En el resto de los supuestos los cambios fueron la incorporación del “descendiente” –antes estaba únicamente el ascendiente-, la sustitución del “hermano” por el “colateral” y la incorporación de la función de “autoridad” de un culto que se agrega al rol de “ministro” del culto que ya estaba incluido en la versión anterior de la ley. Del agravante de tres o más partícipes se eliminó la expresión en forma organizada. El agravante de tres o más víctimas no se modificó.

### **Incorporación de la consumación de la finalidad de explotación de la trata de personas**

La ley 26.842 incorporó un párrafo en el artículo 145 ter que dice: *“Cuando se lograda consumir la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de 8 a 12 años de prisión”*. Nueva Ley de Trata 5 Entre otras cuestiones, esta modificación tiene incidencia directa en la forma concursal del delito de trata con los artículos 125 bis, 127 y 140, que tipifican finalidades de explotación. De acuerdo con los precedentes citados en el punto n de la base, los tribunales entendían que el concurso entre el proceso de trata y la etapa de consumación de la explotación era ideal. Ahora, en cambio, la consumación precedida de trata forma parte de la trata, como un supuesto de calificación agravada por el resultado y su escala penal comienza en el doble de los mínimos de ambos delitos.

### **Promoción, facilitación y explotación económica de la prostitución (arts. 125 bis, 126 y 127)**

La redacción del Código Penal previa a la ley 26.842 en el artículo 125 bis la promoción o facilitación de la prostitución de menores de 18 años y en el 126 la promoción o facilitación de la prostitución de mayores de 18 años. La diferencia entre una y otra modalidad (además de la exigencia de medios comisivos para los mayores de 18 años) era que el tipo penal para éstos exigía que la promoción o facilitación de la prostitución se hiciera *“con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos”*; requisito subjetivo que no estaba mencionado para los menores de 18 años. La nueva ley modificó estos artículos contemplando la promoción o facilitación de la prostitución en el art. 125 bis de modo general –tanto para mayores como para menores de 18 años- y optó en esta figura unificada de mayores y menores por una redacción que no incluye los requisitos del *“ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos”*. La base contiene algunas referencias de doctrina sobre estos elementos subjetivos en el punto f que hemos decidido conservar por su relevancia para la resolución de casos según el texto anterior de los tipos penales.

### **Promoción y facilitación de la prostitución de mayores de 18 años y del tipo de explotación económica**

La ley 26.842, al unificar la promoción y facilitación de la prostitución en el 125 bis, eliminó los medios comisivos que antes estaban previstos para que la promoción y facilitación de la prostitución de mayores de 18 años fuera delito. Lo mismo sucedió con el artículo 127 del código penal, que tipifica la explotación económica de la prostitución. Este tipo penal no hacía

diferencia alguna por la edad de la víctima, pero estaba tipificado en todos los casos con medios comisivos para su consumación. Ahora los medios comisivos han sido eliminados también de este delito. La doctrina y jurisprudencia de la base sobre los medios comisivos conserva de todos modos utilidad, sólo debe tenerse en cuenta que ahora son aplicables como agravantes, pero no para la configuración del tipo básico.

**“Abuso de situación de vulnerabilidad”, “concesión o recepción de pagos o beneficios” y unificación de denominaciones de otros medios comisivos**

Los medios comisivos de los tipos penales de los artículos 125 bis (agravantes de la promoción y facilitación de menores de 18 años, 126 (tipo básico) y 127 (tipo básico) eran muy similares; pero no iguales. Asimismo, los tipos de trata de personas del 145 bis y 145 ter, preveían medios comisivos que tampoco eran iguales a los de aquellos delitos. Dentro de estas diferencias en los medios comisivos solía hacerse hincapié en la necesidad de prever el *“abuso de una situación de vulnerabilidad”* como medio en las figuras del 125 bis, 126 y 127, dado que era un supuesto muy utilizado y presente en las causas por trata, pero no estaba incluido en las figuras de Nueva Ley de Trata | 6 consumación de la explotación. La ley 26.842 unificó los supuestos de medios comisivos entre todos estos tipos penales, que a continuación se presenta por comparación con el texto del art. 126. Comparación medios comisivos Ley 25.087 (art 126) Ley 26.842 (art 126 y 127) Engaño, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción. Amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción. Abuso de una relación de dependencia o de poder. Abuso de autoridad, fraude, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. Abuso de una situación de vulnerabilidad. Las diferencias de los medios comisivos entre los tipos penales del 125 bis, 126 y 127 en la redacción de la ley 25.087, estaba en el medio comisivo “abuso de una relación de dependencia o de poder”, dado que la promoción y facilitación para menores de 18 años no tenía esa fórmula sino la del “abuso de autoridad”; y la del 127 tenía un giro adicional, en cuanto exigía el *“abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder”*. Todas estas expresiones han sido unificadas ahora bajo el *“abuso de una situación de vulnerabilidad”* y el *“abuso de autoridad”*. Tanto para la promoción y facilitación como para la explotación económica de la prostitución ajena, estos medios comisivos han pasado a ser agravantes del tipo básico (según escalas que se indican en el punto 15 de este documento). Antes eran agravantes para la promoción y facilitación de la prostitución de menores de 18 años, pero eran necesarios como elementos del tipo básico en la explotación económica de la prostitución (cualquier edad) y de la promoción y facilitación para los mayores de 18. En cuanto a la base de doctrina y jurisprudencia, dado que estos nuevos textos replican los medios comisivos que estaban previstos para la trata de personas, es el tratamiento que los autores y jueces habían hecho sobre éstos el que adquiere mayor relevancia para la redacción actual, por lo que la guía para su interpretación se encuentra en el desarrollo del punto c de la base, sobre los medios comisivos de la trata de personas.

### Creación de agravantes

También con un esquema reflejo del delito de trata de personas agravado del 145 ter, se produjeron modificaciones en los agravantes de la promoción y facilitación y en la explotación económica de la prostitución. Si bien no están presentes en estos tipos, los agravantes de la calidad de la víctima (embarazada, mayor de 70, etc.) y tampoco los de tres o más víctimas y tres o más partícipes; el resto son idénticos a los del nuevo art. 145 ter. En cuanto a los menores, cabe aclarar que se sustituyó el trato diferenciado que existía en el art. 125 bis entre víctimas menores de 18 años y víctimas menores de 13 años por un único agravante para todos los menores de 18 años; que tiene la escala penal que antes existía para los menores de 13. Los agravantes por la calidad del autor incorporados como incisos 2 y 3 de los artículos 126 y 127, que fueron copiados textualmente de los del art. 145 ter incisos 6 y 7 –ver enumeración en el punto 9 de este documento- son novedosos para estas figuras, pues antes sólo había algunos Nueva Ley de Trata | 7 agravantes de esta clase en la promoción y facilitación de la prostitución de menores. Los medios comisivos, ahora agravantes, han sido indicados en el punto anterior.

### Incremento de las escalas penales

La nueva escala punitiva establecida por la ley 26.842 ha quedado conformada del siguiente modo: Supuesto Escala Penal 125 bis (tipo básico de promoción y facilitación de la prostitución) 4 a 8 años de prisión, 127 (tipo básico de explotación económica de la prostitución) 4 a 8 años de prisión, 126 incisos 1, 2 y 3 –promoción y facilitación de la prostitución agravada- y 127 incisos 1, 2 y 3 –explotación económica de la prostitución agravada- (agravantes de “medios comisivos”, supuestos de vínculos familiares, tutor, curador, ministro de culto, encargado de educación o guarda de la víctima, funcionario público o miembro de fuerzas de seguridad, policial o penitenciaria). 5 a 10 años de prisión, 126 último párrafo y 127 último párrafo (agravante víctima menor de 18 años) 10 a 15 años de prisión

### Con relación a la reducción a Servidumbre: art. 140 Código Penal, la incorporación de nuevos verbos en el artículo 140. Coincidencia con las finalidades del artículo 145 bis

El artículo 140 reprimía a quien redujera a una persona a servidumbre o a otra condición análoga y al que la recibiera en tal condición para mantenerla en ella. La ley 26.842 incorporó en este artículo los supuestos que constituyen finalidades de explotación de la trata de personas pero que no estaban hasta ahora expresamente tipificados en ningún otro artículo del código penal en su estado de consumación. De esta manera, se añadió a quien (a) reducir a una persona a esclavitud, y al que (b) *“obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o (c) a contraer matrimonio servil”*. Además, la ley sustituyó la locución “otra condición análoga” por “bajo cualquier modalidad” en referencia a la reducción a servidumbre. La base ya poseía material sobre esclavitud junto con el de la reducción a servidumbre en el punto h y

también tenía ya información sobre el trabajo forzoso en el punto g. La finalidad de explotación matrimonial servil, al ser novedosa en nuestra legislación, no tiene documentación en la base.

Incremento de la escala penal. La ley 26.842 aumentó el mínimo de pena de este delito en un año de prisión. La escala pasó de 3 a 15 años de prisión a 4 a 15 años de prisión.

De esta manera hemos desarrollado no solo los argumentos de algunas películas y los tipos penales, su estructura, elementos objetivos y subjetivos, sino también, su relación con otros delitos que se han reformado últimamente, con la idea de brindar un abordaje integral a la temática.



## CAPÍTULO 17

### Artículo 125 bis: Promover o facilitar el ejercicio de la prostitución

*Javier Teodoro Álvarez*

*“¿Tú le vas a cobrar al tuyo?” le pregunta Cayetana a Zulema, quien responde: “Hoy no somos putas, somos princesas”*

La película *Princesas*<sup>166</sup> nos relata la vida de una serie de mujeres que, de manera autónoma, ejercen el trabajo sexual en Madrid. El film nos permite adentrarnos a estas historias a partir de la vida de dos de ellas: Cayetana y Zulema. Ambas con trayectorias y experiencias contrapuestas, pero que en un momento se cruzan y comienzan a trazar una amistad.

Cayetana es española, de clase media y de familia que algunos podrían calificar como “acomodada”. En varias escenas podemos ver la casa de su madre y la interacción con su hermano y cuñada, ambos profesionales y de solventes ingresos económicos. Nunca vamos a conocer las razones de porqué Cayetana decide ejercer el trabajo sexual. Lejos de brindarnos una historia de victimización, la película nos muestra a una mujer entre unos 25 y 30 años que ofrece servicios sexuales en avisos en diarios y concierta sus citas a través de su propio teléfono celular.

Este es un primer punto de inflexión en el observador, ya que por lo general la industria audiovisual se encarga de retratar a quienes se dedican a la actividad sexual lucrativa desde un lugar de marginación o, al menos, de justificar ese rumbo de vida con algún acontecer traumático<sup>167</sup>. En *Princesas*, el director toma otra decisión respecto del personaje de Cayetana y se encarga de hacernos saber que esos discursos tradicionales no aplican para ella. De hecho, las razones que Cayetana en algún momento expresa son irrisorias y sobre el final del film nos queda claro que no había ningún motivo en concreto. Se trata de una provocación que

<sup>166</sup> Película española dirigida por Fernando León de Aranoa, estrenada en 2005 y protagonizada por Candela Peña (Cayetana) y Micaela Nevárez (Zulema), galardonada con varios premios Goya entre ellos a la mejor actriz protagonista, mejor actriz revelación y a la musicalización de Manu Chao.

<sup>167</sup> Otra excepción a esta regla del discurso audiovisual es el personaje de Eileen “Candy” Merrell interpretado por la actriz Maggie Gyllenhaal en la serie “The Deuce” de la cadena HBO, en la que se retrata el mundo de la pornografía y la prostitución en las calles de Nueva York en la década del ’70. Gyllenhaal encarga a una trabajadora sexual blanca, no racializada, de clase media que luego se convertirá en una renombrada directora de la industria triple X. A diferencia del resto de los personajes, la serie nunca explica las razones de porqué Eileen decide dedicarse a esa actividad.

resulta útil para comenzar a aproximarnos al debate que más adelante quiero desarrollar y que podría sintetizarse en la siguiente pregunta: *¿es posible el trabajo sexual autodeterminado?*

A diferencia de Cayeyana, Zulema es originaria dominicana. Se encuentra en España indocumentada desde hace diez meses, tiene un hijo de 5 años que quedó al cuidado de su madre en su país de origen. Emigró con el objetivo de buscar cierta prosperidad económica y parte del dinero que junta lo envía para cubrir los gastos del niño y ayudar al resto de su familia, mientras que intenta ahorrar para poder traerlos a Madrid. Zulema ejerce el trabajo sexual en condiciones de vulnerabilidad. El film no ahorra en detalles en ese sentido: nos muestra su temor a la persecución policial, los abusos por parte de clientes, los problemas de vivienda y el acceso a la salud.

Aquella incógnita que nos deja la película sobre las razones del porqué Cayetana se dedica a esta actividad, no aparece en relación con el personaje de Zulema. En todo momento el observador sabe y advierte sin problemas por qué y para qué ella ejerce el trabajo sexual. Sin embargo, las circunstancias de su personaje nos enfrentan a otro dilema: ¿Qué es aquello que provoca la situación de vulnerabilidad de Zulema? ¿Es su situación migratoria o es el propio ejercicio de la prostitución?

*Princesas* es un film que sale de los lugares comunes y presenta los debates sobre el trabajo sexual de un modo poco convencional. El eje de la discusión puede ubicarse en los márgenes de la vida de sus protagonistas, en aquello que les pasa y en lo que les podría pasar si la situación fuera distinta. Por ello nos invita a reflexionar sobre qué debe hacer el ordenamiento jurídico frente a esta actividad: ¿prohibirla?, ¿regularla?, ¿reconocer derechos?, ¿sancionar a quienes facilitan o promueven la prostitución? Son preguntas que quedarán planteadas sin respuestas, la película no pretende aleccionar. No nos va a dar ninguna solución, pero sí elementos para seguir debatiendo. Por eso resulta útil para ingresar en el análisis del art. 125 bis de nuestro Código Penal.

Aquel pequeño diálogo entre las protagonistas del film arriba citado nos permitirá adentrarnos a uno de los principales debates en materia de regulación del trabajo sexual y a la reacción del derecho penal frente a las actividades sexuales lucrativas. Pero antes de ello, un poco de historia.

## Antecedentes del tipo penal

El abordaje jurídico de la prostitución en nuestro país presenta un largo recorrido por el cual se pueden advertir transformaciones en los diversos tipos penales. Esas reformas obedecen a los avances y retrocesos en la sociedad, pero también de acuerdo a los compromisos asumidos en la comunidad internacional.

En concreto, el código penal de 1886 solo reprimía en su art. 132 al que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviera o facilitara la prostitución o corrupción de personas menores de edad. La pena iba de 1 a 3 años de prisión en aquellos casos en donde

el sujeto pasivo tuviera entre 14 y 18 años y se agravaba si la víctima tenía menores de catorce años.

Esta norma fue modificada en el año 1903 a través de la sanción de la ley n° 4.189 que la reemplazó por la siguiente fórmula: el que promoviére o facilite la prostitución o corrupción de menores de 18 años para satisfacer deseos ajenos, será castigado con 1 a 3 años de prisión. Estuvo vigente hasta el 23 de septiembre de 1913, momento en el que se aprueba la ley n° 9.143, conocida como “Ley Palacios” en honor a su inspirador y propulsor Alfredo L. Palacios.

Esta ley derogó aquella disposición de la ley n° 4.189 y la sustituyó por la siguiente: *g) La persona que en cualquier forma promueva o facilite la prostitución o corrupción de menores de edad para satisfacer deseos ajenos, aunque medie el consentimiento de la víctima, será castigada: con tres a seis años de penitenciaría si la mujer es mayor de 18 años; con 6 a 10 años de la misma pena si la víctima, varón o mujer, es mayor de 12 años y menor de 18, y si es menor de 12 años, el máximo de la pena podrá extenderse hasta 15 años. Esta última pena será aplicable, prescindiendo del número de años de la víctima, si mediare violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación, como también si el autor fuese ascendiente, marido, hermano o hermana, tutor o persona encargada de su educación o guarda, en cuyo caso traerá aparejada la pérdida de la patria potestad, del poder marital, de la tutela o de la ciudadanía en su caso. Cuando las víctimas sean mayores de edad, se aplicará al autor de los hechos a que se refiere el parágrafo anterior, la pena de 6 a 10 años de penitenciaría si para obtener su consentimiento hubiere mediado cualesquiera de las circunstancias agravantes enumeradas en aquél; si hubiere mediado tan sólo engaño para alcanzar el consentimiento, la pena será de 1 a 3 años de penitenciaría. h) La persona o personas regentes de las casas de prostitución pública o clandestina, donde se encontrare una víctima de los delitos especificados en el inciso anterior, serán consideradas, salvo prueba en contrario, autores o coautores y penadas de acuerdo con la escala mencionada. En cualquiera de los casos de los incisos g y h, si hubiere reiteración, el delincuente será deportado.* Se trató de la primera ley, no solo en nuestro país sino también en la región, que criminalizaba la promoción y el facilitamiento de la prostitución de mujeres adultas y niñas, como también la sanción de quienes la regenteen.

Años más tarde, en 1917 Rodolfo Moreno (h) presenta el Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina. En lo que aquí interesa, en la exposición de motivos al comentar los delitos vinculados con la prostitución, expresaba que: *En esta parte la Comisión ha introducido modificaciones de importancia sobre el proyecto de 1906, que había sido ya modificado por el diputado Moreno. Ha suprimido, desde luego, la institución “casas de prostitución” y la de “regentes” de las mismas. Mantener esos enunciados equivale a legalizar ese comercio y darle una situación de estabilidad inconveniente. La reglamentación de la prostitución corresponde a las municipalidades y éstas pueden hasta prohibir el funcionamiento de las casas donde se practica. De manera que la ley no debe erigirlas en instituciones consagrándolas como tales. La Comisión ha introducido también la pena alternativa, de acuerdo con los principios generales y se ha referido al factor engaño que es uno de los que más interviene cuando se*

*trata de prostituir. Ha tenido a la vista para proyectar las modificaciones, el proyecto que ha presentado en las sesiones de este año, contra la trata de blancas, el diputado Dr. Ángel M. Giménez. Teniendo en cuenta que en muchos casos la prostitución es impuesta a la mujer por el individuo que hace con ella vida marital, se castiga especialmente a éste, aún cuando hubiere mediado el consentimiento de la mujer. Nuestras leyes se han preocupado hasta ahora de castigar a los que comercian o lucran con la prostitución de menores, teniendo siempre en vista la casa de prostitución y sus regentes. Pero no se ha ido al fondo del asunto, ni se ha buscado el remedio para el mal realmente sentido en nuestra modalidad nacional. Aquí es frecuente el caso del individuo que haciendo vida marital con una mujer vive a costa de su prostitución. El individuo costea sus vicios con el “trabajo” de la mujer, a la cual coloca en una casa de tolerancia o a la cual obliga a ejercer su comercio en las calles. El sujeto cuando la coloca, cobra los rendimientos y cuando la mantiene en aparente libertad, la acecha para quitarle el dinero de “los clientes”. Este sujeto sólo es penado cuando se prueban violencias. Pero es el caso que tienen de tal manera dominadas a sus víctimas que todas las veces que éstas son llamadas a los tribunales para averiguar si se ejercitan violencias sobre sus personas, niegan categóricamente su concurrencia, salvando al explotador que las trata peor que los antiguos negreros a sus esclavos. Es preciso hacer desaparecer esa lacra social, es necesario reprimir severamente a esos sujetos haraganes que viven de la corrupción de sus víctimas, y a ello se encamina el proyecto, que los castiga aun mediando el consentimiento de la mujer. Lo que la ley no debe tolerar es esa profesión peligrosa, fuente de vicios, de corrupciones y de sufrimientos para las víctimas desgraciadas. Lo demás del proyecto con las modificaciones del diputado Moreno, se mantiene por la Comisión. Este proyecto fue aprobado como Código Penal el 30 de septiembre de 1921 mediante la sanción de la ley nº 11.179 del 29 de octubre del mismo año, y entró a regir a partir del 30 de abril de 1922.*

De esta manera el Código Penal de 1921- aún vigente con cientos de reformas - disponía en su redacción original dos disposiciones vinculadas con la prostitución: los arts. 125 y 126. El primero sancionaba a quien con ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad, sin distinción de sexo, aunque mediare el consentimiento de la víctima. El segundo hacía lo propio en casos de víctimas mayores de edad, aunque en estos casos se requería un medio comisivo que cancelara el consentimiento del sujeto pasivo para que se configurara el tipo penal.

En el año 1936 el Congreso Nacional sancionó la ley nº 12.331, conocida como la Ley de Profilaxis Venéreas. Prohíbe en su art. 15 la instalación en todo el territorio nacional de casa o locales donde se ejerza la prostitución o se incite a ellas y en su art. 17 sanciona a quienes las administren, sostengan o regenteen.

Un poco más de treinta años más tarde, en 1967, se aprueba el decreto-ley nº 17.567 por la cual se sustituye el hasta entonces vigente art. 126 del Código Penal. Su redacción original fue reemplazada para comenzar a sancionar a quien promoviere o facilitare la prostitución de personas, sin distinción de sexo o edad, aun con el consentimiento del sujeto pasivo. En ese sentido, entonces, también deroga el art. 17 de la ley nº 12.331 en la medida en que quien

sostenga, administre o regentee casas de tolerancia, quedaba alcanzado por la nueva redacción del art. 126 del CP.

A su vez, ese decreto-ley incorporó por primera vez en nuestra legislación penal el delito de proxenetismo en el art. 127 del CP por el cual se reprime a quien se hiciera mantener, aunque sea parcialmente, por una persona que ejerza la prostitución al explotar las ganancias provenientes de esa actividad. Esta figura reconocía como fuente al Proyecto de Código Penal de 1960. Empero, en 1973 el decreto-ley n° 17.567 fue derogado por la sanción de la ley n° 20.509. Así, el delito de proxenetismo en los términos expuesto volvió a convertirse en atípico.

En junio de 1976, la última dictadura cívico-militar aprobó el decreto-ley n° 21.338 por la cual se regresa a la versión original del art. 126, deroga el art. 17 de la ley n° 12.331 e incorpora al Código Penal el art. 127 bis en los mismos términos que el art. 127 del decreto-ley n° 17.567.

Con el regreso de la democracia, el Congreso Nacional sancionó la ley n° 23.077 en agosto de 1984 que deja sin vigencia la ley n° 21.338. Así el art. 17 de la ley n° 12.331 recupera su eficacia y se deroga también el art. 127 bis del C.P.

De esa manera desde 1984 hasta la sanción de la ley n° 25.087 en el año 1999, el Código Penal disponía las dos normas originales referidas a la prostitución: el art. 125 que sancionaba a quien promoviere o facilitare la prostitución o la corrupción de personas menores de edad con ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos, y el art. 126 que penaba la promoción o el facilitamiento de la prostitución con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos de personas mayores de edad siempre que exista algún medio comisivo que cancele el consentimiento del sujeto pasivo. Por su parte, la ley n° 12.331 mantenía en vigencia los ya citados arts. 15 y 17. Ese era, en definitiva, el cuadro represivo frente a la prostitución.

En 1999 la ley n° 25.087 reformó ambos artículos e incorporó el art. 127 referido a la explotación económica del ejercicio de la prostitución de una persona. De esa manera, la reforma escindió al delito de corrupción de menores del de promoción y facilitamiento de la prostitución de una persona menor de edad. El primero quedó ubicado en el art. 125 del CP, mientras que el segundo quedó incorporado en la norma del art. 125 bis que sancionaba a la promoción y facilitamiento de la prostitución de menores de 18 años, aunque mediare el consentimiento de la víctima. También se eliminó el elemento subjetivo que exigía el ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos. Al mismo tiempo, la pena se agravaba cuando la víctima fuera menor de 13 años o bien si la acción típica era cometida mediante un medio comisivo coercitivo, al igual que por las condiciones del sujeto activo. Por su parte, el art. 126 sancionaba a quien promoviera o facilitara la prostitución de personas mayores de 18 años con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos siempre que existiera un medio coercitivo que cancelara el consentimiento del sujeto pasivo.

En otras palabras, con la sanción de la ley n° 25.087 la promoción o el facilitamiento de la prostitución siempre era delito cuanto la víctima fuera una persona menor de 18 años, y en aquellos casos en donde siendo mayor no prestaba libremente su consentimiento. En todos los demás casos, el comportamiento era atípico con excepción de la instalación, administración y

regenteo de establecimientos donde se ejerciera la prostitución que quedaban atrapados por las disposiciones de la ley n° 12.331. En suma, quien promoviera o facilitaba el ejercicio de la prostitución de una persona mayor de 18 años que prestaba libremente su consentimiento para ello, no era alcanzado por ninguna norma penal.

Sin embargo, todo comienza a transformarse un año más tarde cuando en la comunidad internacional se aprueba el instrumento más relevante en materia de trata de personas en la ciudad de Palermo, Italia. Se trata de la Convención Internacional de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000. Dicho documento fue incorporado a nuestro ordenamiento interno a través de la sanción de la ley n° 25.632, y su importancia reposa en acordar conceptos referidos a la delincuencia organizada.

La Convención posee protocolos complementarios, siendo uno de ellos el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que en su preámbulo refiere a

(...) para prevenir y combatir eficazmente la trata de personas, especialmente mujeres y niños, se requiere un enfoque amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino que incluya medidas para prevenir dicha trata, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas...amprando sus derechos humanos internacionalmente reconocidos". El artículo 3° de dicho instrumento es la fuente de la actual tipificación del delito de trata de personas. En efecto, dispone que: "a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años.

La adopción del citado Protocolo de Palermo provocó que la Argentina adecuara su legislación interna a tal compromiso internacional en el año 2008 mediante la ley n° 26.364 que reformuló el delito de trata de personas y lo migró del título III al título V. No obstante, en el año 2012 se volvió a reformar el delito de trata de personas con la sanción de la ley n° 26.842.

Entre sus transformaciones más relevantes se puede destacar que amplió los fines de explotación incorporados por la ley n° 26.264 y excluyó al consentimiento como una causal de atipicidad. A su vez, y en lo que aquí interesa reseñar, modificó el art. 125 bis, 126 y 127 del Código Penal; lo que provocó su actual redacción.

Las reformas se refieren, en muy breves palabras, a la eliminación del consentimiento como causal de atipicidad. De esa manera, quien promueve o facilite la prostitución de una persona -cualquiera sea su edad- será castigado con una pena de prisión de 4 a 6 años, aunque medie el consentimiento del sujeto pasivo.

La ley n° 26.842 adecuó el marco normativo nacional a los compromisos internacionales asumidos por el país y pasó a considerar a toda persona prostituida como una víctima. A su vez, también habilitó la criminalización de cualquier comportamiento que favorezca la prostitución ajena sin que la voluntad del sujeto pasivo pueda ser considerada.

Así llegamos al actual esquema normativo en donde, a modo de síntesis, el consentimiento que presta una persona mayor de 18 años para involucrarse en actividades sexuales de carácter lucrativas en donde intervenga algún tercero, no será relevante a los efectos de la punición de aquel. Esta circunstancia nos lleva a una discusión sobre cuál es la política criminal que un Estado puede o debe asumir frente al ejercicio de la prostitución. La respuesta impactará en cómo considerar a quienes ofrezcan actividades sexuales lucrativas: como víctimas, como delincuentes o como quien realiza un trabajo autónomo. En gran parte, el mundo en el que transcurre *Princesas* nos enfrenta a esta reflexión. Veamos entonces de qué estamos hablando.

## Los modelos legislativos frente al ejercicio de la prostitución

De manera tradicional los Estados enfocaron su política criminal con relación a la prostitución a través de tres sistemas diferentes: el prohibicionista, el reglamentarista y el abolicionista.

El primero está caracterizado por la represión penal contra cualquier oferta sexual que implique una retribución económica, tanto pública como privada. Su objetivo es eliminar el ejercicio mismo de la prostitución al considerar que se trata de una práctica que afecta a la moral y las buenas costumbres que deben regir en una sociedad. Desde este enfoque, la persona que ejerce esta actividad es tratada como una delincuente merecedora de una respuesta punitiva.

Por su parte, en el enfoque reglamentarista es el Estado quien asume el control al otorgar permisos y habilitaciones para el ejercicio del trabajo sexual. Dispondrá los espacios donde se podrá ofrecer o demandar servicios sexuales, horarios y demás condiciones para su práctica. En ese plan, la actividad se considera como un vínculo contractual entre privados que impone una regulación estatal.

Finalmente, el sistema abolicionista considera a la prostitución, en cualquiera de sus modalidades, como una forma de explotación inadmisible del cuerpo humano que se origina en una injusticia. Desde esa mirada, quien ejerce esta actividad es siempre considerada una víctima de explotación y, por lo tanto, los Estados deben aunar sus esfuerzos para abolirla y liberar a quien se encuentra en situación de prostitución. Este enfoque persigue a todas aquellas personas que promuevan, inciten, faciliten, permiten, exploten o se beneficien de la prostitución ajena.

Nuestro país se enrola en un sistema abolicionista desde la sanción de la ley n° 12.331 y, especialmente, a partir de la ley n° 26.842 que excluye la validez del consentimiento del sujeto pasivo de los tipos penales de los arts. 125 bis, 126 y 127 del C.P. En ese sentido, entonces, considera a la persona que ejerce la prostitución como una víctima de explotación.

Desde tal mirada, el Estado argentino adoptó ciertas medidas para restringir su actividad como, por ejemplo, la prohibición de avisos clasificados de servicios sexuales mediante el decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 936/11 cuya constitucionalidad fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dicha norma considera que tales avisos fomentan el negocio de la explotación sexual al estimular la demanda que la nutre y, además, son una herramienta para la captación de víctimas. De igual modo, la medida entiende que los avisos reproducen patrones socioculturales estereotipados en donde las mujeres son reducidas a la calidad de objeto.

Sin embargo, me parece importante también reconocer que este enfoque es muchas veces contaminado por una perspectiva prohibicionista por la cual no siempre se considera a la persona que ejerce la prostitución como una víctima, sino que, muy por el contrario, es en ocasiones perseguida punitivamente. Es que muchas provincias de nuestro país contienen, aun en la actualidad, disposiciones en sus códigos contravencionales por las cuales se disponen sanciones a quienes ofrecen servicios sexuales.

Los códigos de faltas y contravenciones se convierten en instrumentos punitivos contra quienes ejercen la prostitución por considerar que su comportamiento es inmoral y contrario a las buenas costumbres, o bien porque se las coloca como focos de infección venéreas. Un informe elaborado por el INECIP reveló que de las 18 legislaciones que castigan el trabajo sexual libre (sin contar a la Ciudad de Buenos Aires), 7 la clasifican como escandalosa, otras 7 la denominan prostitución y sólo 4 regulan las dos categorías. La mayoría tiende a hablar de lo público de la prostitución y, por ejemplo, se castiga que las trabajadoras sexuales vayan por las calles, o que se muestren desde sus departamentos. A su vez, aquellas personas que ejerzan la prostitución y se encuentren afectadas por infecciones de transmisión sexual, pueden ser castigadas por ello. En efecto, de la totalidad de los códigos que castigan la prostitución, 4 determinan esta circunstancia como una contravención.<sup>168</sup>

A modo de ejemplo, el Código Contravencional de Catamarca<sup>169</sup> dispone en su art. 85 que

<sup>168</sup> INECIP *El trabajo sexual en los códigos contravencionales y de faltas de Argentina*, en <https://inecip.org/documentos/el-trabajo-sexual-en-los-codigos-contravencionales-y-de-faltas-en-argentina/> (recuperado julio 2023)

<sup>169</sup> Ley n° 5171



(...) las personas de ambos sexos que individualmente o en compañía se exhibieren, incitaren u ofrecieren públicamente a mantener relaciones sexuales por dinero o promesa remuneratoria y/o provocaren escándalo por tal motivo; o que en lugares públicos o locales de libre acceso hicieren manifiestamente proposiciones deshonestas u ofrecieren relaciones sexuales con otras personas, con el fin de ejercer la prostitución, serán sancionados con arresto de hasta treinta (30) días corridos. Si las proposiciones o incitaciones fueren dirigidas a un menor de dieciséis (16) años; la pena podrá elevarse hasta sesenta (60) días corridos, siempre que el hecho no constituya delito.

Mientras que en su art. 86 sanciona a

(...) la persona sorprendida en ejercicio de la prostitución afectada de enfermedad venérea o contagiosa y que de ella tuviere o debiera tener conocimiento por las circunstancias, será castigada con arresto de hasta veinte (20) días o multa de diez a veinte Unidades de Multa (10 a 20 U.M.), sin perjuicio de las medidas sanitarias, que correspondan.

Desde este análisis, es importante mencionar que lo que el enfoque abolicionista se propone es perseguir y reprimir aquellos casos en donde existe un intermediario en el ejercicio de la prostitución de una persona ya sea porque la promueve a realizar la actividad o facilita la misma, o la explota económicamente y/o regentea el lugar donde ejerce la prostitución. Pero ello no debe confundirse con aquellos casos en donde una persona mayor de edad, de manera autodeterminada, ofrezca servicios sexuales para ser realizados en la intimidad de, por ejemplo, un inmueble privado.

En esos últimos supuestos se debate si, efectivamente, esas personas deben ser consideradas de todas formas víctimas de un sistema prostibulario heteropatriarcal regente en la sociedad. O si, por el contrario, deben ser identificadas como cualquier tipo de trabajador/a careciendo de relevancia penal no solo su comportamiento, sino también el de los usuarios de sus servicios.

La primera tesis se sostiene sobre la base argumental de que la prostitución es una forma de control y dominación de la sexualidad femenina por la cual los hombres tienen acceso al cuerpo de las mujeres en el mercado e industria del sexo. A su vez, se afirma que el mayor porcentaje de mujeres involucradas en esta actividad no decide participar en él de manera libremente voluntaria, sino que, en cambio, se encuentran de algún modo condicionadas. Esta es la postura de, por ejemplo, la Relatora Especial de la ONU sobre la trata de personas quien afirmó:

(...) la mayor parte de la prostitución, tal y como se practica actualmente en el mundo, suele reunir los requisitos para que pueda ser considerada trata. Es raro dar con un caso en que los motivos que llevan a una persona a la

prostitución, y las experiencias de esa persona dentro de la prostitución, no incluyan como mínimo un abuso de poder y/o un abuso de vulnerabilidad (...)  
El camino que lleva a la prostitución y a ese estilo de vida una vez que se ha caído en ella, raramente se caracterizan por el pleno ejercicio de derechos de las víctimas o la obtención de oportunidades adecuadas”.<sup>170</sup>

En ese plan, entonces, la prostitución aparece como una manera de interacción en donde se revelan formas de poder en el sexo y en lo económico donde el hombre ostenta sobre la mujer un rol dominante logrando su subordinación.

Por el otro lado, se afirma que sostener que una persona adulta no puede decidir libremente utilizar su cuerpo y su sexualidad, aún para sacar rédito económico de ello, implica transgredir su autonomía de la voluntad en los términos del art. 19 de la Constitución Nacional. Así se ha dicho que si la posición en relación con el derecho de las mujeres sobre su propio cuerpo supuso llenar de contenido al “no” cuando lo pronunciaban en una relación sexual con cualquier hombre, incluidos sus maridos, la contradicción es no poder comprender que algunas mujeres puedan decir “sí” a cambio de dinero. Sostener lo contrario implicaría que algunas mujeres tienen capacidad de decidir y el dominio sobre sus cuerpos, mientras que otras no lo tienen ni lo tendrán nunca.

Para este enfoque, la prostitución formaría parte de la diversidad en la que una persona puede ejercer su sexualidad y, por lo tanto, rechaza la categoría de víctimas a quienes ofrecen servicios sexuales en la medida que aquella no permite visualizar a los sujetos de derecho que hay detrás. Es que al considerarlas víctimas se les niega su autonomía, no se respeta su subjetividad, dignidad, integridad y libertad. Ello es reflejado en la irrelevancia que se le otorga a su consentimiento y, muy especialmente, en la negación de los derechos sociales y laborales.

Según esta postura, existe una confusión entre trata y trabajo sexual que, además, lo reduce a una sola concepción invisibilizándose la multiplicidad de formas y maneras que el mismo puede adoptar como, por ejemplo, la terapia sexual a personas con discapacidad funcional. Desde esta mirada, la prestación de servicios sexuales por personas mayores de edad debe constituir un negocio jurídico susceptible de ser calificado como una actividad comercial lícita que habilite una cobertura edificada sobre la base de derechos laborales. Así, debería ser reconocido como un trabajo autónomo caracterizado como aquél donde no existe intervención de otras personas que determinen el modo de prestación ni condicionen su realización. El vínculo comercial se entabla directamente con el cliente mediante un contrato directo y personal.<sup>171</sup>

Sintetizado el debate central en relación con este delito, examinemos los elementos de la figura en cuestión.

<sup>170</sup> Informe de la Relatoría Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de trata de personas, especialmente mujeres y niños, 20 de febrero de 2006, párr. 42.

<sup>171</sup> Es la postura de, por ejemplo, la organización AMMAR que nuclea a trabajadoras y trabajadores sexuales en nuestro país.

## Análisis de los elementos del tipo penal

En cuanto a los sujetos, estos son no calificados. Dicho de otro modo: no existe ninguna condición para revestir tanto el rol de sujeto activo ni pasivo. Sin embargo, en relación con el primero, en algunos supuestos la pena se agravará si existe algún vínculo preexistente entre ambos o bien de acuerdo a las propias funciones que reviste el agente. De manera tal que la pena se agrava si el sujeto activo es el ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta o colateral, conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda de la víctima. Por el otro, la respuesta punitiva se incrementa si es funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Las agravantes de la figura básica se encuentran en el art. 126 del C.P.

Respecto del sujeto pasivo, como se señaló, la última reforma del año 2012 eliminó la diferenciación de las edades equiparando a todo el universo de víctimas bajo el vocablo “*personas*”. Además, eliminó el consentimiento como causal de exclusión de la tipicidad expresando “*aunque medie consentimiento de la víctima*”.

No queda lugar a dudas que la eliminación de la validez del consentimiento de la víctima como causal de atipicidad obedece a una postura abolicionista que impacta, además, en cuestiones de política criminal. El propósito fue evitar lo que ocurría antes de la sanción de la ley cuando, por ejemplo, quienes se encontraban ofreciendo un servicio sexual por intermediación de una tercera persona sostenían que lo hacían de manera voluntaria y, en consecuencia, la agencia judicial no podía proceder.

Es preciso recordar que la manda constitucional del artículo 19 exige que para que se conmueva la intervención estatal a través del derecho penal debe verificarse una lesión a un bien jurídico. Existe consenso en la doctrina que el consentimiento que la víctima preste frente a esa lesión excluirá la configuración típica cuando se den ciertas circunstancias que garanticen su eficacia. En ese sentido, por ejemplo, Zaffaroni afirma que:

*(...) la intervención punitiva alcanza un grado intolerable de irracionalidad cuando pretende que el titular use el bien jurídico sólo en determinada forma, pues desconoce la idea misma de persona, de autonomía de la conciencia, y subordina al ser humano a metas trascendentes de su humanidad, es decir, idolátricas (la raza, la nación, la clase, la dictadura, el régimen, etc.). La pretendida tutela de un bien jurídico más allá de la voluntad de su titular es un pretexto para penar un pragma no conflictivo y, por ende, es violatoria del art. 19 constitucional. (2005, pág. 377)*

Los interrogantes que se plantean, entonces, son dos. Por un lado, si el Estado puede permitir que una persona mayor de edad autodeterminada consienta prestar servicios sexuales con intermediación de terceros quienes promuevan o le faciliten realizar tal actividad. Y, por el otro, hasta qué punto es posible la intervención punitiva en las libertades personales en aras de combatir la explotación de personas.

La respuesta a esos interrogantes suele ubicarse en que se trata de una decisión de política criminal en sintonía con los compromisos asumidos por el país en la comunidad internacional con el propósito de abolir toda forma de explotación. Sin embargo, suele contra argumentarse que esta respuesta confunde entre trata y prostitución.

Lo cierto es que es un debate que divide a todos los movimientos feministas a lo largo del mundo y que genera posturas encontradas sobre si la actividad sexual lucrativa es el resultado de una decisión libre y, por lo tanto, una forma de trabajo o si, por el contrario, todo ejercicio de la prostitución conlleva de manera implícita o explícita una forma de explotación. No es el propósito aquí dar una respuesta a tan profunda discusión, pero lo que sí se puede advertir a partir del film *Princesas* es que ambas posturas pueden presentar grises y matices.

Las protagonistas de la película representan ambas tesis. Cayetana encarna el papel de quienes afirman que el trabajo sexual puede ejercerse a partir de una decisión soberana, en donde no es necesario explicar razones ni fundamentos como quien elige dedicarse a cualquier otra actividad lucrativa. Nadie se pregunta por qué una persona elegiría realizar tareas de limpieza en una casa particular, trabajar en una obra en construcción o en cualquier otra labor similar. Se asume que aquellos son trabajos precarizados, en muchos casos a cuenta propia, que obedecen a desigualdades estructurales influenciadas por factores sociales y económicos. La única diferencia con el trabajo sexual y aquellos es la parte del cuerpo que se pone a disposición del mercado. Para quienes así entienden el estado de la discusión, el conflicto entonces es meramente moral.

En cambio, el rol de Zulema personifica aquellos discursos que sostienen que la prostitución es una forma de explotación ya que no puede ser una labor elegida de manera libre, sino mediante condicionamientos que afloran en contextos de vulnerabilidad. En ese plan, para esta postura nadie elegiría prostituirse si pudiera tener a su alcance otra opción. De modo que siempre se estará frente a una víctima.

En *Princesas* sendos personajes, como dije, pueden ser leídos como una representación de ambas posturas. En Cayetana vemos a una mujer que emprende esta actividad y negocia con sus clientes los valores del servicio, administra su dinero, paga sus gastos e, incluso, la mantiene mientras inicia una relación amorosa con un hombre profesional a quien le dice a qué se dedica, aunque aquel no crea que sea cierto. El único dilema que nos muestra el film sobre Cayetana en relación con su trabajo es la informalidad en la que se encuentra y la condena a la clandestinidad del mismo. Cuando conversa con Zulema sobre el comercio sexual le dice que lo que más le molesta es que su novio no pueda ir a buscarla a la salida. En su alocución afirma: *“Lo que más me jode es que no me puede ir a buscar a la salida, el amor es que te vayan a buscar a la salida del trabajo”*. En esa simple frase, la voz del personaje es utilizada para ofrecernos los reclamos de quienes consideran que es necesario un reconocimiento de derechos laborales y de la seguridad social para trabajadoras y trabajadores sexuales. Cayetana utiliza una alegoría de un trabajo formal, con horarios, con lugares de ingreso y egreso, con una vida independiente a la labor, con una actividad que no constituye la subjetividad de una persona. Dicho de otra manera: no se es, sino que se trabaja de serlo; y

por esa razón no deberían existir obstáculos para que se reconozcan aportes jubilatorios, derechos a la sindicalización, entre otros.

Por el contrario, Zulema es la otra cara de la moneda. En todo momento la película nos muestra a una mujer en situación de vulnerabilidad con magros márgenes de decisión. Ella forma parte de las “inmigrantes”, tal como las llaman las trabajadoras sexuales españolas cuyo grupo integra Cayetana. El primer conflicto que nos presenta *Princesas* es entre las nacionales y las extranjeras, ya que las primeras ven en las otras una rivalidad a traición: cobran menos y por eso les quitan trabajo. La subtrama de ese conflicto es, sin embargo, más profundo ya que en realidad lo que nos está indicando es que el grupo al que pertenece Zulema no puede negociar nada con el cliente, acepta lo que puede conseguir. Aquello que el grupo de Cayetana ve como una competencia desleal es la explotación del mercado sexual de mujeres vulnerables.

Zulema es pobre, llegó a Europa en busca de un futuro mejor. Su primer destino fue Holanda y luego de allí a Madrid. Si bien el film no lo dice, podría interpretarse que la llegada a ese primer país no es casual pues es allí donde rige un sistema reglamentarista. Es probable que Zulema, al ser extranjera sin documentos legales de residencia, no haya podido insertarse de manera formal en esa actividad que se encuentra reglamentada por el Estado e impone condiciones a quienes pretenden ejercerla. Ya en España, Zulema ofrece servicios sexuales en la vía pública, vive en condiciones de precariedad en un inmueble que subalquila a otra familia y con quien tiene constantes inconvenientes por ejercer la prostitución. A diferencia de Cayetana, ella no negocia nada ni siquiera la posibilidad de utilizar preservativos con sus clientes. La película nos muestra más de una vez cómo la necesidad de Zulema la lleva a someterse a situaciones de riesgo. Es claro que su posicionamiento es diferente al de Cayetana, difícilmente podría interpretarse el ejercicio del trabajo sexual como una decisión en la que no interfieran otras variables. En ese sentido, la película es muy explícita y no nos deja espacio para el debate. Por ello su personaje asume los discursos de aquella otra tesis que afirma que toda persona que se dedica a esta actividad se encuentra en situación de prostitución y, por ende, es una víctima a la cual el Estado debe tutelar.

Cuando Zulema y Cayetana salen a bailar una noche y conocen a dos hombres, Cayetana está indecisa y no sabe si cobrarles o no; es decir, tiene que decidir en si trabajará o no. Zulema ante esa consulta le contesta rápidamente: “hoy no somos putas, somos princesas”. *¿Qué nos quiso decir con esa frase?* En Zulema no existe la opción “trabajar de” sino de “ser”; no tiene la capacidad de entrar y salir de la actividad como Cayetana. Su única vía de escape es la fantasía: el mundo irreal de las princesas. Solo puede jugar un rato a ser otra cosa, pero siendo consciente de que nunca lo será. Zulema es lo que el abolicionismo ve en aquellas personas que se dedican al mercado sexual.

Lo interesante del film *Princesas* es ver que ambas posturas, que suelen presentarse como antagónicas y contrapuestas, pueden dialogar. Zulema y Cayetana se hacen amigas. En más de una oportunidad Cayetana estará para ayudar a Zulema a no ser detenida por la policía, a resguardarla de aquel cliente que la maltrata, la acompañará y será su cómplice en la coartada

que monta para que su familia no se entere del origen de los fondos que envía a República Dominicana. Pero la actitud de Cayetana no implicará claudicar en su posición.

Cuando Zulema decide regresar a su país, Cayetana se acerca a los policías aeroportuarios y de la nada les dice *“esa es mi amiga que se va porque quiere, nadie la echó”*. Su voz, que representa la postura a favor del reconocimiento del trabajo sexual, nos dice que Zulema podía decidir y que si las condiciones de contexto hubieran sido mejores continuaría realizando la actividad. En cambio, el lente sobre Zulema permite ver una derrota. Ella decide regresar a su país cuando se entera que su salud está comprometida y prefiere volver para estar con su hijo, pues entiende que nada más vale la pena. El mercado sexual para ella fue expulsivo una vez que ya no podía usarla más.

Desde ese análisis, lo valioso de la película es que nos muestra sin sobresaltos un buen resumen del debate actual sobre aquello que puede realizar el ordenamiento jurídico frente al trabajo sexual. Como en los libros de “elige tu propia aventura”, será el observador quien decida qué camino tomar en esta discusión.

Volviendo al análisis del tipo penal, la acción del delito en estudio es la de promover o facilitar la prostitución de una persona. La pregunta nodal en este análisis es resolver qué comportamientos o actividades pueden quedar abarcadas dentro del concepto prostitución, para luego precisar los alcances de ambos verbos típicos.

Se trata de un término bastante vago e impreciso y que provocará tantas interpretaciones como exegetas existan. De manera tradicional se afirmaba que por prostitución debía entenderse a las *prestaciones carnales* que, de manera habitual, realizaba una persona a un número indeterminado de personas con fines lucrativos. La doctrina clásica, además, añadía el requisito de que debía tratarse de un medio de vida. Existían desacuerdos en que, si siempre debía exigirse un precio como contraprestación o si, en realidad, los requisitos imprescindibles eran la habitualidad y la indeterminación de personas.

Al tratarse de un tipo de peligro, no se exige ni que se haya producido la actividad sexual ni tampoco el aspecto objetivo requiere aquellos elementos mencionados. De modo que la sola propuesta podría bastar para configurar el tipo penal. Como se revela de este debate, el concepto de lo que se entiende por prostitución permitirá ingresar o no en la norma. De allí la importancia de precisar su alcance y, para ello, de nuevo el debate al que nos enfrenta “Princesas”.

En los últimos tiempos los movimientos para reconocer al servicio sexual como un trabajo autónomo comenzaron a ofrecer una definición edificada sobre la base de principios laborales. En ese sentido, se sostiene que este concepto se refiere a la actividad voluntaria y autónoma de ofrecer y/o prestar servicios de índole sexual a cambio de un pago para beneficio propio<sup>172</sup>. En la película es el papel que representa Cayetana.

Lo relevante, a mi entender, es poder comprender que cuando se habla de prostitución no puede homogeneizarse un discurso tal como lo pretendía, con denodados esfuerzos, la doctrina clásica. Es importante reconocer que se trata de una actividad que presenta una

<sup>172</sup> De conformidad con lo expresado por AMMAR (Asociación de Mujeres Meretrices de Argentina).

variedad de maneras de ejercerla en la que influirán distintas variables como quien o quienes la ejercen, el lugar donde se presta el servicio o las personas destinatarias del mismo, entre otros.

Quizás el único factor común de las distintas acepciones del término sea que se trata de una práctica sexual remunerada cuya caracterización adicional variará de acuerdo a los diferentes escenarios y posibilidades de realizarla. Así, por ejemplo, a ese concepto deberá añadirse la nota de negociación en los casos de personas adultas en casos en que implique la libre elección. En la primera escena de *Princesas* vemos a Cayetana llegar a un lugar donde prestará un servicio sexual y lo primero que hace es dejar en claro cuáles serán las condiciones del mismo, el monto a cobrar y la forma de pago.

Por el contrario, este elemento no estará presente en aquellos escenarios de prestación coercitiva de prácticas sexuales en el que otras personas se benefician económicamente a costa de quien carece de capacidad de decisión y, por lo tanto, no solo no tiene oportunidad de negociar nada, sino que además reviste el carácter de víctima de violencia sexual. En el film, es Zulema la que nos muestra esta realidad en el vínculo con uno hombre que le promete regularizar sus papeles migratorios y, ante esa esperanza, su ámbito de negociación se reduce a cero.

El tipo penal incluye dos comportamientos que deben ser diferenciados: la promoción y el facilitamiento. Promover la prostitución se vincula con la acción de quien intenta dar inicio en esa actividad a otra persona. Se incluye el comportamiento de quien procura que otro comience a ejercer la actividad, ya sea impulsándola o bien induciéndola tácita o expresamente a realizar determinados actos o comportamientos mediante una conducta positiva.

Un largo debate en la doctrina tradicional se vinculaba a si podía promoverse la prostitución de una persona ya *prostituida*, o bien si se trataba necesariamente de actos de iniciación de un sujeto en estas prácticas. La mayoría de la doctrina afirma que, en realidad, hay que sostener un concepto amplio de este verbo que incluya, además de los actos de iniciación, aquellos que impliquen o importen un agravamiento de las condiciones de quien ya se encuentra ejerciéndola.

Por su parte, facilitar la prostitución tiene un alcance diferente. Se vincula con quien colabora para hacer posible esa actividad en otra persona. Abarca comportamientos tales como quien remueve los obstáculos, proporciona los medios para que se produzca, entre otros similares. Empero, es un verbo que demanda trazar ciertas fronteras de contención. Es que facilitar la prostitución de otra persona podría consistir en múltiples comportamientos como quien, por ejemplo, no desaloja a su inquilina cuando toma conocimiento de que ésta ejerce la prostitución, o quien le suministra elementos higiénicos o de profilaxis a quien ejerce el comercio sexual, o bien el propio cliente o quien recibe a los usuarios del servicio sexual, quien le vende lencería o le presta ropa para poder ejercer la actividad, entre otros diversos supuestos. En el film esa podría ser, por citar algunos ejemplos, la conducta de la peluquera, de quien le renta el inmueble a Zulema, del dueño del bar que le presta el baño, etc. En todos esos ejemplos, en cierta forma, se colaboró para que una persona ejerza la prostitución en la

medida en que se realizó un aporte objetivo al ejercicio de aquella actividad y, por tal motivo, una interpretación literal implicaría que deberían quedar subsumidos en el art. 125 bis del C.P.

Sin embargo, una norma penal no puede ser utilizada como un elemento para la punición indiscriminada de comportamientos. Es necesario establecer sus márgenes para delimitar el alcance de la prohibición penal. La solución a este problema interpretativo podría ubicarse en la respuesta a la pregunta de qué es aquello que debe entenderse por “facilitamiento de la prostitución ajena” según lo que el origen de la norma intentó prohibir. En otras palabras: ¿Qué actos se representaron las y los legisladores al momento de sancionar este tipo penal?

En mi opinión, solo deberían quedar abarcados aquellos supuestos en donde se evidencie que el facilitamiento de la prostitución sea una herramienta para la explotación sexual de una persona. En ese entendimiento se requerirá que exista, al menos, una situación de disparidad entre el sujeto activo y el pasivo del delito. En ese orden de ideas, quien facilite debe encontrarse en una situación de superioridad o mejor posición que la persona en situación de prostitución, pero además que aproveche ese lugar para promover o facilitar la actividad sexual del sujeto pasivo. Desde esa concepción no podrían incluirse los supuestos de quien alquila a precio de mercado el inmueble donde otra persona ejercerá el trabajo sexual o bien todos los ejemplos antes mencionados. Serán, en tal caso, meros aportes banales sin relevancia típica. Es que no debe olvidarse que el ejercicio del trabajo sexual de manera voluntaria, libre y autodeterminada por personas mayores de edad no constituye un delito en sí mismo y dicha práctica se encuentra amparada por la cláusula del art. 19 de la Constitución Nacional. Sin embargo, resulta claro también que quien decida realizar esta actividad necesariamente deberá contar con ciertos medios como un espacio físico, ropa, productos de higiene y seguridad, etc. y, por lo tanto, no será suficiente la conducta de quien simplemente aporte estos medios para quedar abarcado por el tipo penal bajo análisis.

Respecto del aspecto subjetivo, el delito previsto en el art. 125 bis del C.P. solo admite su consumación dolosa. Es importante señalar que la ley n° 25.087 despojó al aspecto subjetivo de cualquier otro elemento particular como el ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos del régimen previo a aquella reforma, que se exigía cuando el sujeto activo era una persona menor de edad. No obstante, esos elementos sí eran requeridos en los casos de promover o facilitar la prostitución de una persona mayor de edad hasta que, finalmente, la ley n° 26.842 los eliminó. En síntesis, entonces, el actual art. 125 del C.P. en su aspecto subjetivo solo demanda el dolo sin ningún otro aditamento.

De manera tradicional se discutía si la figura solo admitía dolo directo o si, por el contrario, era posible también su consumación mediante el dolo eventual. La mayoría de la doctrina se inclinaba en sostener que el delito solo podía cometerse por dolo directo requiriendo el conocimiento y la voluntad de realizar los actos de promover o facilitar la prostitución de otra persona. Empero, algunos autores afirmaban que era posible la comisión del delito bajo modalidad eventual respecto de la edad de la víctima. En ese escenario, por lo tanto, se ubicarían aquellos casos en donde al agente le resulta indiferente si el sujeto pasivo es menor de edad o no y, de todas formas, prosigue con su acción.



Sin embargo, esta discusión a partir de la reforma de la ley n° 26.842 perdió sentido ya que no existe en la actual redacción la distinción entre la promoción o facilitamiento de personas menores y mayores de edad como el régimen anterior a la reforma del año 2012. El error en la edad del sujeto pasivo solo tiene incidencia en que se imputará la figura básica y no el tipo agravado. Es que la minoría de edad del sujeto pasivo es una circunstancia que habilita una mayor respuesta punitiva conforme lo dispone el art. 126 del C.P.

A modo de recapitulación, y como cierre de este capítulo, quiero señalar que quienes se dedican a las actividades sexuales de carácter lucrativas fueron representados de manera tradicional en la industria audiovisual desde un lugar de prejuicios, estereotipos y desde un solo plano. Ya sea que fueran presentadas como pecadoras, delincuentes, víctimas o bien como personajes divertidos; en muy pocas ocasiones el cine nos permite ver una cara humana detrás de aquellas figuras. Por lo general el discurso que se instala desde el cine es el de aquella mujer que sueña con un futuro mejor y es “salvada” por un cliente bondadoso. El mejor ejemplo es *Pretty Woman*, que instala la narrativa de que existe algo mejor a alcanzar y que solo un hombre millonario puede ofrecer. Ese tipo de materiales no nos permite elaborar reflexiones complejas, en especial aquellas que son útiles para problematizar la respuesta punitiva.

En *Princesas*, en cambio, vemos la variedad de las personas involucradas en el mercado del sexo. La película nos permite observar, sin que exista una mirada disciplinadora al respecto, de sus sentidos y contradicciones e invita a la reflexión de un debate que permanece abierto. Involucra, además, otras dimensiones en donde aparece la violencia institucional, la discriminación y la precarización cuyo origen ya no se encuentra en un cliente malvado, sino en el propio Estado. En tal caso, ese cliente que atormenta a Zulema es el resultado de la ausencia estatal. *Princesas* se enrola en una tendencia del cine que va en ese camino y que puede integrarse con films como “*Analís*” de la directora argentina Anahí Berneri, “*Tangerine*” de Sean Baker, entre otros ejemplos, cuya observación recomiendo especialmente para continuar reflexionando sobre estos tópicos.

## Artículo 125 bis

El que promoviére o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediere el consentimiento de la víctima.

## Referencias

Alonso, Alexia S. (2022) *Prostitución y trabajo sexual. Una aproximación crítica a nuestra legislación penal*, en “Géneros e interseccionalidad. Un análisis crítico de la parte especial del Derecho Penal”, ALVAREZ, J.T. & ALONSO, A. S., T° I, Buenos Aires: Editores del Sur, pág. 279-315.

- Boza moreno, E. (2018) *La prostitución como trabajo*. Madrid: Tirant Lo Blanch, pág. 33.
- Carrara, F. (1948) *Programa de derecho criminal. Parte Especial*, Buenos Aires: Depalma, Vol. VI-8
- Fontán balestra, C. (1981) *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. V, Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 124
- López precioso, M. & Mestre, R. (2007) *Trabajo sexual. Reconocer derechos*, Madrid: La Burbuja, pág. 91.
- Moreno, R. (h) *Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina*, pág. 110, Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, Cámara de Diputados de la Nación, 1917.
- Núñez, R. (1987) *Derecho penal argentino. Parte especial*, t. IV, Buenos Aires: Marcos Lerner, ps. 341 y 342.
- Zaffaroni, E.R., Alagia, A. Y Slokar, A. (2005) *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Ediar, pág. 377.
- CSJN *Editorial Río Negro S.A. c/ EN – ley 26.364 - dto. 936/11 si amparo ley 16.986*, 11/11/2014.

## CAPÍTULO 18

### Artículo 127

*Alfredo Masi Barrio*

ARTICULO 127 — Será reprimido con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediere el consentimiento de la víctima.

La pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1. Mediar engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
  2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.
  3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.
- Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

## Introducción

El artículo 127 del código penal es un delito doloso, de acción y que admite tentativa. Se ha modificado en varias oportunidades a través de los años. Este trabajo se propone a analizar todas sus particularidades, así como su historia y relaciones con otros delitos. Agregando, además, una visualización de algunas de sus características a través de la película Taxi Driver.

## Antecedentes

En su redacción original, la Rufianería consistía en hacerse mantener por una persona que ejercía la prostitución, lo cual generó críticas por incluir circunstancias que podrían no ser delictivas en casos particulares, como el ejemplo del hijo de una prostituta que financiaba sus estudios con el dinero obtenido por su madre. Esta figura tuvo vigencia en el pasado durante los decretos-leyes 17.567 y 21.338, basados en el proyecto de Soler de 1960.

Luego, por la ley 25.087 el artículo 127 del Código Penal argentino, en su versión anterior, imponía penas de tres a seis años de prisión para aquellos que, mediante engaño, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, explotaran económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona.

Esta reforma se realizó en cumplimiento del "Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución" celebrado en Ginebra en 1949, al cual Argentina estaba adherida desde hacía tiempo.

Por último, la ley 26.842 hace el artículo como lo conocemos el día hoy, quitándole los medios comisivos que debían aparecer necesariamente para que se configure el delito tipificado tal como estaba en la ley 25.087 para pasar a consumarse, estén o no estos medios, y haya o no consentimiento de la víctima.

## Bien jurídico protegido

Como bien se ha adelantado este tipo penal está integrado en el título 3ro del código, por lo tanto, primero se analizarán los aspectos básicos del bien jurídico protegido del título y luego se profundizará en el tipo en específico.

Previamente, esta parte del código penal tenía por denominación “delitos contra la honestidad”, la cual fue modificada por la ley 25.087 para pasar a llamarse con la que la conocemos actualmente. Esta reforma hay que comprenderla de acuerdo al contexto histórico que imperó hasta el siglo XX en el cual se creía que cuando se los cometía se dañaba la honestidad de la mujer al sacarle su estado de castidad y, por consecuencia, la honestidad de los varones allegados a la víctima, en este sentido se daban los siguientes discursos cuando se discutía la sanción de la ley:

(...) una percepción de las agresiones sexuales acorde con el estado actual de nuestra cultura debe considerar el crimen sexual estrictamente como una injuria a la integridad física y psíquica y a la libre decisión de la víctima, y no una injuria a la pureza o castidad de ella, ni al honor de algún varón”<sup>173</sup>

Aunque vale aclarar que la jurisprudencia y la doctrina se encargaron en delimitar correctamente el bien jurídico protegido en este título.

Ahora bien, adentrándonos en el bien protegido en encontramos una difícil tarea ya que todos los autores tienen un concepto diferente de integridad sexual. Los más destacables aparecen en los escritos de Buompadre y Donna.

Buompadre entiende la integridad sexual como libertad sexual, esto comprende la libertad personal entendida en su realización específica como el derecho de todo individuo a ejercerla

<sup>173</sup> L. L. Antecedentes Parlamentarios, N°4, 1999, p. 1614

libremente o no verse involucrado sin su consentimiento en una relación sexual. Así, se manifiesta como el derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de su sexualidad. (Ob. cit. Pág. 51)

Donna define que el bien jurídico protegido sería la libertad sexual de la persona mayor de 18 años, y su libre desarrollo, y el libre desarrollo sexual de los menores de esa edad, teniendo en cuenta que nadie puede introducirse en la esfera sexual ajena, sin la voluntad de la otra persona, con capacidad para consentir, y menos aún en quien no lo puede hacer. (ob. cit, pág.524)

Observando estas dos posturas podemos deducir que lo que se protege es la facultad de la persona de efectuar actos de índole sexual o de libre disposición de su cuerpo a efectos sexuales, además de la facultad de negarse a efectuar o a tolerar actos de esta naturaleza.

También, como bien especifica Donna, agrega una calificación especial al sujeto protegido – ser mayor de 18-. La razón de esta especificación es proteger la intangibilidad o indemnidad sexual de los menores de 13 años o las personas privadas de sentido o que padecen de un trastorno mental. Especificando, el código penal tiene interés en proteger el normal desarrollo de la vida sexual de los sujetos mencionados.

Dicho esto, toca analizar los bienes jurídicos protegidos en este artículo específico. Analizando el primer párrafo se dice que se protegen a las personas que ejercen individualmente esta actividad –protegidas por el art. 19 de la Constitución Nacional-, pues se resguarda la libertad sexual en su aspecto, permitiendo a las personas que decidan ejercer la prostitución hacerlo de manera tal que puedan decidir cuándo, dónde y con quien quiera, elementos que se encuentran vulnerados cuando está de por medio la explotación económica de la víctima efectuada por un tercero.

En las agravantes donde se presentan situaciones en las cuales no encontramos el consentimiento –inc. 1,2 y 3-, se vulnera la autodeterminación de la persona para repeler o rechazar libremente la injerencia del actor en su actividad.

En el último párrafo se encuentra protegida la indemnidad sexual del menor, repudiando su transgresión de manera más grave, quienes en general no tienen discernimiento de los actos realizados –prostitución- y por ello el actor se aprovecha de la situación manipulándolo y aprovechándose de su situación de mayor vulnerabilidad.

## Sujetos

Sujeto activo puede ser cualquier persona y sucede lo mismo con el sujeto pasivo. No sucede lo mismo con las agravantes del segundo y tercer párrafo. Las cuáles serán analizadas con la debida profundidad en el Apartado VII.

## Tipo objetivo

El núcleo del tipo es explotar económicamente, medie consentimiento o no, a una persona, en consecuencia, para entender la figura, habrá que analizar el significado de esta acción.

Según la RAE explotar en su tercera acepción significa *utilizar abusivamente en provecho propio el trabajo o las cualidades de otra persona*. Aunque, como bien explica el tipo, no se encuentra encuadrado en este delito la sola conducta de explotar la prostitución de otro, sino que debemos encontrar que el actor reciba un beneficio económico.

La conducta, como se ha definido, es de carácter abusiva por lo tanto importa que el provecho se obtenga instrumentalizando o cosificando la víctima. El elemento abusivo es clave para entender el porqué de la tipificación del delito aun mediando el consentimiento, ya que es imposible que una persona consienta su utilización abusiva porque en tal caso no estaríamos ante el supuesto de explotación. Para simplificar las cosas, la lógica nos dice que, si una persona consiente una acción sobre si, no es una persona explotada. Y si una persona es explotada, indefectiblemente no ha consentido esa acción.<sup>174</sup>

Es un delito de resultado, por lo que admite tentativa, es permanente, por lo tanto, su ejecución se extiende en el tiempo y se consume cuando el autor por medio de su explotación recibe un beneficio económico.

A la luz de todo lo dicho debemos encontrar los siguientes elementos para que se configure el tipo objetivo del delito:

- Utilizar abusivamente en provecho propio el trabajo o las cualidades de otra persona.
- El actor debe recibir un beneficio económico de esta acción

## Tipo subjetivo

Es un delito de dolo directo para ser preciso, el rufián debe conocer que está explotando la actividad de prostitución de otra persona y que mediante esta recibirá una ganancia económica.

## Agravantes

Se encuentran agravantes en razón de los medios comisivos para cometer el delito y por la calidad personal que reviste el rufián o la víctima.

El primer grupo lo encontramos en el inciso 1° del artículo, el cual habla de

<sup>174</sup> <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37812.pdf> . p 12

(...) engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

- Engaño: se induce a la víctima en un error o incorrecta comprensión de la realidad a través de manipulaciones, maniobras o cualquier artilugio empleado.

- Fraude: sinónimo de engaño

- Violencia: uso de energía física, animal, mecánica, o de cualquier otra índole sobre la víctima para nulificar o morigerar su resistencia. Cabe aclarar que también comprende el uso de medios hipnóticos y narcóticos –art. 78 C.P.-.

- Amenaza: es el anuncio de un mal que constriñe psicológicamente a la víctima de manera tal que la somete a la voluntad del autor. Para la mayoría de la doctrina la amenaza debe ser de sufrir un mal grave, injusto, determinado, posible, futuro y dependiente de la voluntad del autor. También esta puede recaer sobre cualquier persona, objeto o interés del sujeto pasivo. Lo esencial es que sea idónea –analizando todos sus elementos- para generar el temor del sujeto pasivo y así limitar su libertad.

- Cualquier otro medio de intimidación o coerción: cuando el legislador habla de intimidación o temor se refiere a otro supuesto que utilice el actor para causar temor en la víctima

- Abuso de autoridad: es la intimidación que puede generar una persona que se encuentra en una posición de mayor jerarquía quien utilizando esta –abusando- somete la libre determinación de la víctima, para que cumpla con su voluntad, a través del temor de sufrir un daño ella misma u otra persona de su círculo.

- Abuso de situación de vulnerabilidad: se protege a las víctimas que padecen enfermedades mentales, las cuales las coloca en una situación de inferioridad frente al autor. Dos elementos deben verificarse para que la conducta del autor se encuentre incardinada en este agravante; (a) que el autor conozca de la afección o padecimiento de la víctima, y, por consiguiente, (b) que se aproveche de esa situación de vulnerabilidad para lograr su cometido.<sup>175</sup>

Se debe probar además que el autor conocía la situación de la víctima previo al hecho.

- Concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima: el mejor ejemplo para este supuesto es el pago al padre de la hija para que consiga que esta se prostituya.

El segundo grupo se encuentra en el inciso 2 ° y siguientes, este se refiere a

(...) ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido

<sup>175</sup> <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37812.pdf> p. 3

o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima; Fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria; víctima fuere menor de dieciocho (18) años.

Para entender mejor estas calificaciones se definirán algunas figuras que pueden resultar dudosas:

- Cuando hablamos de funcionario público nos debemos remitir al artículo 77 del código penal argentino el cual nos dice que *por los términos “funcionario público” y “empleado público”, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.*
- Miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria: en esta agravante quedan comprendidos las fuerzas policiales de la nación y provincia; Gendarmería Nacional; Prefectura Naval; Servicio penitenciario nacional y provincial; como así también, seguridad aeroportuaria. No quedan comprendidos los integrantes de organizaciones de seguridad privada, del Servicio de Inteligencia del Estado, la policía judicial, los agentes municipales de tránsito y los miembros de las fuerzas armadas.

Es muy importante recalcar que el autor del delito debe concretar cuando está en uso de sus funciones. No se requiere el abuso de esta, solo el uso. El autor solo debe aprovecharse de su condición para efectuar el delito.

## Concurso real con otros delitos

Generalmente el delito de rufianería se encuentra aparejado con otro, el cual provoca un concurso real, este es el delito de casa de tolerancia que no se encuentra en el código penal y por lo tanto la mayoría de la gente no conoce. Está tipificado en la ley 12.331 en sus artículos 15 y 17:

Art. 15.- *Queda prohibido en toda la República el establecimiento de casas o locales donde se ejerza la prostitución, o se incite a ella.*

Art. 17.- *Los que sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente casas de tolerancia, serán castigados con una multa de mil pesos moneda nacional. En caso de reincidencia sufrirán prisión de uno a tres años, la que no podrá aplicarse en calidad de condicional. Si fuesen ciudadanos por naturalización, la pena tendrá la accesoria de pérdida de la carta de ciudadanía y expulsión del país una vez cumplida la condena; expulsión que se aplicará, asimismo, si el penado fuese extranjero.*

Por casas de tolerancia se debe entender que son las descriptas en el art. 15 de la ley - *casas o locales donde se ejerza la prostitución, o se incite a ella-*.



Por lo tanto, encontraremos este delito cuando el rufián además de cometer el propio delito lo efectuó en un local o casa ya que en este caso estará efectuando además las figuras del art. 17.

## Cine y Derecho Penal: *Taxi Driver*

La relación entre Iris y su rufián es un aspecto crucial de la trama de *Taxi Driver*. Iris, interpretada por Jodie Foster, es una joven prostituta de doce años<sup>176</sup>, mientras que su Rufián es Sport, interpretado por Harvey Keitel. Sport ejerce un control total sobre Iris, la manipula emocional y psicológicamente para mantenerla en su esfera de influencia para explotarla con el fin de obtener un provecho económico. La vulnerabilidad de Iris a su edad la hace susceptible a la manipulación de Sport, provocando que a su temprana edad ejerza la prostitución “voluntariamente” tal como se lo expresa a Travis –personaje principal- en una escena en un café<sup>177</sup>.

Iris es una joven que escapo de su hogar y dejó la escuela, no tiene a donde ir y está inmersa en lo más oscuro de la sociedad para sobrevivir, creyendo que no tiene otra vía de acción, cosa que no es cierta como se advierte al final de la película. Sport apela a la manipulación, engaños, amenazas, coacciones y violencia<sup>178</sup> para conseguir explotarla económicamente. También lo hace aprovechándose de su vulnerabilidad y dependencia emocional. Le ofrece atención y afecto de una manera que puede parecer paternal, pero que en realidad es parte de su estrategia para controlarla. A su vez, lo ejerce manejando los ingresos generados por la prostitución de Iris. Esto le da un poder adicional sobre ella, haciéndola dependiente económicamente. Ante la falta de independencia financiera de la joven, Sport logra reforzar el dominio sobre su vida. Utiliza amenazas y coacción para mantenerla bajo su dominio. Puede amenazarla directamente o insinuar consecuencias graves si intenta escapar o rebelarse. Esta atmosfera de miedo también contribuye a para lograr su cometido. Usa falsas promesas de un futuro mejor y le promete una vida diferente o una relación más segura como táctica y así mantenerla en la prostitución y asegurar su lealtad. Ejerce violencia física contra iris como medio de control, golpeándola como castigo o para recordarle quién tiene el poder en la relación, así reafirma, con violencia, a la sensación de peligro constante que rodea a Iris. Logra distorsionar su percepción sobre la realidad para convencerla de que no tiene otra opción más que permanecer a su lado. Así, la prostitución se convierte en su única salida y él, su único protector. La aísla socialmente, impidiendo que desarrolle conexiones fuera de su control. Esto refuerza la dependencia emocional y económica que tiene Iris hacia él. Por último y lo más grave, dado que Iris es una niña, Sport

<sup>176</sup> Película taxi driver min. 1:15:15 y 1:19:40

<sup>177</sup> Película taxi driver min. 1:24:55

<sup>178</sup> Película taxi driver min. 1:29:40 y 1:19:40

explota su inocencia y falta de experiencia para controlarla más fácilmente. Utiliza su juventud para manipularla y mantenerla en una posición de vulnerabilidad.

Se debe destacar además que se ve cuando Travis rescata a Iris mientras está ejerciendo el delito en concurso del ya mencionado –casa de tolerancia-<sup>179</sup>.

Analizando específicamente este delito se puede calificar como explotación económica de la prostitución agravado por la minoridad de la víctima y por los medios utilizados –manipulación, engaños, amenazas, coacciones y violencia- en concurso real con el delito de regentar casa de tolerancia.

## Diferencia con el artículo 125 bis

El artículo 125 bis del código penal argentino expresa que *el que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediere el consentimiento de la víctima.*

La diferencia principal que uno podría advertir con respecto al delito analizado en todo el trabajo sería la diferencia entre los núcleos: promover o facilitar y explotar económicamente.

La promoción de la prostitución significa fomentar en esta práctica a aquel en quien en principio no ejercía tal actividad, o excitar la actividad ya existente o aumentarla, como claramente lo explico el Profesor Javier T Alvarez en el capítulo anterior.

Uno podría decir que la promoción de la prostitución abarca la explotación económica de esta por lo ya descripto, y en realidad no le faltaría razón. La diferencia es la de género y especie, no toda promoción de la prostitución es explotación económica de esta, y toda explotación es promoción.

Haciendo una crítica al legislador estaría bien distinguirlas si tuviesen diferentes penas, cosa que no se advierte ni en el tipo básico ni en sus agravantes. Por lo cual no encuentro razón en esta especificación que hizo el legislador.

## Derecho comparado

En este apartado veremos como aparece legislado este delito en los códigos penales de otros países. Analizaremos tres en específico por su cercanía y ser siempre una gran fuente de derecho para nuestro país:

<sup>179</sup> Película taxi driver min.1:18.45 y 1:39.35

## Artículo 188 del código penal español

*1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. Si la víctima fuera menor de dieciséis años, se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.*

*2. Si los hechos descritos en el apartado anterior se cometieran con violencia o intimidación, además de las penas de multa previstas, se impondrá la pena de prisión de cinco a diez años si la víctima es menor de dieciséis años, y la pena de prisión de cuatro a seis años en los demás casos.*

*3. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

*a) Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia.*

*b) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.*

*c) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se impondrá, además, una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.*

*d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.*

*e) Cuando los hechos se hubieren cometido por la actuación conjunta de dos o más personas.*

*f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.*

En primer lugar, podemos ver que el sujeto activo debe necesariamente ser un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. En segundo lugar, es importante destacar que el tipo prevé en el apartado 3. d, e, f estas tres agravantes extras que no están en nuestro código, seguramente el inc. d no se tuvo en cuenta en la improbabilidad del supuesto, y los inc. e y f, porque seguramente entrarían en el delito de asociación ilícita – art. 210-.

Por último no está agregada la aplicabilidad de la pena, aunque mediere el consentimiento, seguramente por las razones ya expresadas anteriormente.

## **Art. 600 bis del código penal italiano: prostituzione minorile –traducido por el autor-**

*Es penado con la reclusión de seis a doce años y con la multa de 15000 a 150000 euros el que:*

- 1) Recluta o induce a la prostitución una persona de edad inferior a los 18 años*
- 2) Promueva, explote, gestione o controle la prostitución de una persona de edad inferior a los 18 años, o de otro modo se lucre con ella*

En este artículo se puede notar lo ya ha destacado en el tipo español en cuanto al sujeto pasivo y en cuanto al consentimiento.

Los agravantes fueron derogados y en cambio las escalas penales elevadas.

## **Código penal de Brasil**

*Art. 230.- Aprovecharse de la prostitución ajena, participando directamente en sus ganancias o estar sustentado, total o parcialmente, por quien lo ejerza:*

*Pena - prisión de 1 (uno) a 4 (cuatro) años y multa.*

*1º Si la víctima es menor de 18 (dieciocho) y mayor de 14 (catorce) años o el delito es cometido por ascendiente, padrastro, madrastra, hijo, tutor, cónyuge, compañero, tutor o curador, preceptor o empleador de la víctima, o por la persona casada, por ley o de otro modo, obligación de cuidado, protección o supervisión*

*Pena - prisión de 3 (tres) a 6 (seis) años y multa.*

*2.º Si el delito se comete mediante violencia, amenaza grave, fraude u otros medios que impidan o dificulten la libre expresión de la voluntad de la víctima:*

*Pena - prisión, de 2 (dos) a 8 (ocho) años, además de la multa y sin perjuicio de la pena correspondiente a la violencia.*

En principio el tipo adolece de los errores del primer artículo redactado en nuestro código penal –estar sustentado por la prostitución- ya explicado en el apartado precedente de antecedentes. También encontramos penas muy bajas en comparación al tipo argentino y no está incluida la agravante del inc.3

## Bibliografía

*Buonpadre, Derecho penal parte especial de Buonpadre, tomo I.*

*Donna, Derecho penal parte especial de Donna, tomo I.*

Código penal comentado de acceso libre, asociación pensamiento penal.

*Código penal español comentado.*

# CAPÍTULO 19

## Infracciones a la ley 23.737

*María Victoria Baca Paunero*

### Introducción

La ley penal sobre estupefacientes 23.737 fue sancionada en el año 1989, incorporándose de forma complementaria al Código Penal en reemplazo de la ley 20.771 sancionada en 1974.

Además de las disposiciones relativas a las figuras penales respectivas, esta ley contiene algunos artículos específicos que refieren a cuestiones puntuales de índole procedimental.

Se trata de legislación que, desde su sanción, ha sido modificada por ochenta y seis normativas posteriores, incluyendo otras leyes que agravaron las penas, sumaron o modificaron figuras típicas y distintas resoluciones complementarias dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional que ampliaron las sustancias contenidas dentro del concepto de estupefaciente.

Para facilitar su comprensión y siguiendo el desafío presentado por la consigna de esta obra, se eligió comenzar por definir brevemente algunos conceptos básicos generales, para luego tratar las figuras típicas más usualmente aplicadas en la práctica diaria mediante su asociación al contenido de películas o series televisivas. Asimismo, se eligió dividir esos tipos penales en tres partes: figuras asociadas al comercio y al tráfico, figuras de tenencia,

La intención es que así, semejante entramado normativo sea más fácil de desandar para quien lea este trabajo.

### Encuadres generales

Es necesario especificar algunos conceptos jurídicos generales con relación al contenido de la ley penal que aquí se trata, para una mejor comprensión.

En primer lugar, que el objetivo de la ley 23.737 es proteger la salud pública, tanto en lo individual como en lo colectivo. Por tal razón, se integra a partir del artículo 204 en el Código Penal dentro del título de delitos contra la Salud Pública, para luego ampliar a figuras de mayor especificidad.

Se trata de legislación que prevé sanciones para las conductas relativas a determinadas sustancias denominadas “estupefacientes” que, de diferentes formas pongan en peligro o

afecten la vida, la integridad física y la salud entendida bajo un concepto amplio, de las personas y de la población en general como colectivo social.

Así lo sostiene la doctrina al referir que

(...) el estado resguarda este bien jurídico de tutela constitucional que pertenece, disfrutan y gozan todos los habitantes. El concepto de salud que interesa al derecho penal es el que pertenece a una colectividad de personas, en sentido de dimensión social...conjunto de condiciones que posibilitan el bienestar físico, psíquico y social de todas las personas en general. (Riquert, 2018)

Asimismo, también cabe señalar que los tipos penales incorporados por esta ley se incluyen entre los que la doctrina mayoritariamente define como delitos de peligro, porque son figuras típicas que no exigen efectivamente daño o lesión a la salud para su realización sino únicamente la comisión de conductas idóneas para poner en riesgo concreto el bien jurídico tutelado por la norma (Riquert, 2018, Asturias, 2019).

Por otra parte, la ley 23.737 penaliza una serie de conductas mayoritariamente relacionadas con estupefacientes. La definición respecto de estas sustancias se complementa con el contenido que el legislador ha delegado en el Poder Ejecutivo Nacional (PEN). De esta manera, la ley remite en el artículo 40 a la definición que brinda el artículo 77 del Código Penal:

*“El término estupefacientes comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo Nacional.”*

Como se ve, la definición sobre qué sustancia es considerada estupefaciente en los términos de esta legislación penal queda abierta, por cuanto se deja en cabeza del PEN el diseño de la lista de cuáles de ellas, en definitiva, integran dicho concepto.

En ese sentido, estupefaciente es la sustancia, la planta o la molécula química que el PEN incluye en la ley 23.737 por vía de Decreto Reglamentario. A la fecha de redacción del presente artículo el decreto del Poder Ejecutivo Nacional complementario de la ley vigente es el Nro. 560/19, dictado en el mes de agosto de ese año.<sup>180</sup>

De igual modo, en relación con los precursores químicos -sustancias indispensables para la producción de estupefacientes- la ley también remite al registro formal donde se inscriben y detallan esa clase de sustancias y que opera bajo la órbita del Ministerio de Seguridad de la Nación.

Asimismo, corresponde realizar aclaraciones con relación a dos de las especies herbáceas incluidas dentro de la lista de sustancias psicotrópicas del Decreto Nro. 560/19, sobre las cuales será necesario retomar más adelante. Por un lado, algunas conductas relacionadas con las hojas de la planta de coca (*Erytronxylon coca*) reciben un tratamiento específico dentro de la ley.

<sup>180</sup> [Decreto 560/2019 | Argentina.gob.ar](https://www.argentina.gob.ar/decretos/560-19)

Y en el caso de la planta de *Cannabis Sativa L.*, sus partes y derivados, su producción y uso en favor de la salud o en la modalidad de cáñamo industrial se encuentran expresamente reconocidos y habilitados por el marco regulatorio de las leyes 27.350 y 27.669.<sup>181</sup>

## Figuras típicas relativas al suministro, comercio y tráfico de estupefacientes y de precursores químicos

El artículo 5° abarca una detallada lista de acciones que integran las cadenas ilícitas de comercialización de estupefacientes, desde la siembra y tenencia hasta el comercio, es decir, conductas que forman parte de esos distintos “eslabones” que se encadenan con el fin último del tráfico ilegal de tales sustancias.

Son todas conductas dolosas, realizadas sin la debida autorización estatal y con destino ilegítimo, entendido mayoritariamente como la ultra intencionalidad de obtener un fin de lucro mediante la comercialización de sustancias expresamente incorporadas en el contenido del Decreto 560/19 de forma tal que genere riesgo para la salud pública.

La ausencia de la expresa autorización por parte del estado y el destino ilegítimo mencionado son requisitos exigidos por el tipo penal, por cuanto muchas de las sustancias psicotrópicas incluidas en el Decreto Reglamentario que complementa la ley 23.737 son pasibles de ser usadas legalmente en la fabricación de medicamentos por parte de establecimientos y personas habilitados bajo autorización expresa de los organismos de control erigidos en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional.<sup>182</sup>

Es decir que no toda conducta realizada con sustancias psicotrópicas está abarcada por la ley penal, sino únicamente aquella que cumple con ambas condiciones: si carece de autorización por parte del organismo competente según el caso y a la vez, si es efectivizada con la intención final -dolosa- de obtener lucro a través de una cadena de tráfico ilegal que ponga en riesgo la salud pública. Como contrapartida, las acciones y conductas expresamente habilitadas por los organismos competentes están excluidas del tipo penal de este artículo.

Siguiendo esa línea, es importante hacer una distinción con relación específicamente a la planta de *Cannabis Sativa L.* Si bien como ya se dijo está incluida en la lista de estupefacientes, recientemente se sancionaron dos leyes que regulan algunos de los usos de esa planta y sus derivados. No se trata de leyes que despenalicen el cannabis, sino que legalizan ciertos usos de la planta y sus derivados, así como ciertos cultivos de cannabis para fines específicos, bajo reglas bien estrictas.

En primer lugar, la ley 27.350 de Investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados, su Decreto Reglamentario PEN 883/20 y las resoluciones

<sup>181</sup> [Cannabis Medicinal | Argentina.gob.ar](https://www.argentina.gob.ar/salud/cannabis)

<sup>182</sup> Las leyes 17.818 y 19.3030 con sus respectivos decretos reglamentarios y normas complementarias regulan todo el circuito de importación, producción, venta y acceso a medicamentos y a las materias primas que los integran. El Ministerio de Salud de la Nación y la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) son los organismos de aplicación de estas regulaciones que disponen del poder de habilitación respectivo.



complementarias del Ministerio de Salud de la Nación, habilitan distintas autorizaciones administrativas expresas para cultivar, tener y transportar dicho materia vegetal únicamente para esos fines que el título de la ley enumera: investigación científica, uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor.

Del mismo modo, la ley 27.669 del Marco regulatorio para el desarrollo de la cadena productiva del cannabis medicinal y del cáñamo industrial y su Decreto Reglamentario PEN 405/23 legaliza el uso industrial de la planta de cannabis -llamado cáñamo- destinado a producir fibras y granos para fabricar distintos productos (alimentos, cosmética, textiles, papel, materiales de construcción, etc.) y genera un sistema de habilitaciones administrativas muy riguroso bajo el cual las empresas podrán dedicarse a producir tanto cáñamo como cannabis medicinal. Para ello, define que las plantas que contengan menos del 1% del componente psicoactivo THC y cuyo fin sea industrial (producir fibra y grano) se consideran cáñamo y están excluidas del concepto de estupefaciente de la ley 23.737. Por otra parte, regula un sistema de habilitaciones administrativas expresas (licencias y autorizaciones) para realizar cualquiera de las etapas de la cadena productiva referida.<sup>183</sup>

En suma, con relación a esta planta y las sustancias que de ella derivan, algunos usos y destinos están autorizados en Argentina en tanto esto derive de decisiones expresas de las autoridades administrativas correspondientes según se aplique la ley 27.350 o la 27.669.

Finalmente, volviendo al *artículo 5°* corresponde aclarar que, dentro de las figuras típicas del *inciso c)* se prevé un tipo de tenencia ilícita denominado tenencia con fines de comercialización. Se trata de un delito de consumación instantánea que exige además de la determinación de la detentación de la sustancia, una valoración respecto de la intencionalidad del sujeto activo que la ley no precisa. Queda entonces, en manos de quien investiga y/o juzga, la determinación de si existe prueba que lleve a presumir o a acreditar que la tenencia de la sustancia ilegalizada no es para propio consumo, sino que se detenta con fines de comercializarla.

Sentado lo anterior, el artículo 5° comienza definiendo la fórmula general para luego abordar por incisos las distintas figuras típicas:

*Art. 5°- Será reprimido con prisión de cuatro (4) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco (45) a novecientas (900) unidades fijas el que sin autorización o con destino ilegítimo:*

- a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas, precursores químicos o cualquier otra materia prima para producir o fabricar estupefacientes, o elementos destinados a tales fines;*
- b) Produzca, fabrique, extraiga o prepare estupefacientes;*
- c) Comercie con estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte;*

<sup>183</sup> [Decreto 560/2019 | Argentina.gob.ar](https://www.argentina.gob.ar/decretos/560-2019)

*d) Comercie con plantas o sus semillas, utilizables para producir estupefacientes, o las tenga con fines de comercialización, o las distribuya, o las dé en pago, o las almacene o transporte;*

*e) Entregue, suministre, aplique o facilite a otros estupefacientes a título oneroso. Si lo fuese a título gratuito, se aplicará prisión de tres (3) a doce (12) años y multa de quince (15) a trescientas (300) unidades fijadas.*

*Si los hechos previstos en los incisos precedentes fueren ejecutados por quien desarrolla una actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público, se aplicará, además, inhabilitación especial de cinco (5) a quince (15) años.*

*En el caso del inciso a), cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, la pena será de un (1) mes a dos (2) años de prisión y serán aplicables los artículos 17, 18 y 21.*

*En el caso del inciso e) del presente artículo, cuando la entrega, suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiera inequívocamente que es para uso personal de quien lo recepta, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años de prisión y, si correspondiere, serán aplicables los artículos 17, 18 y 21.*

En la película *The Gentlemen* (2020) dirigida, escrita y producida por el británico Guy Ritchie, es posible advertir la comisión de las conductas incluidas en los incisos a) y d) del citado artículo. Situado en Londres, este filme muestra al líder de un imperio de tráfico de marihuana (*Cannabis*) llamado Mickey Pearson -actuado por Matthew McConaughey-. Mickey quiere retirarse del negocio que lo ha hecho millonario y decide vender su red ilegal de producción y comercio de estupefacientes. En principio entra en tratativas con un magnate estadounidense, pero el rumor de su retiro circula en el ambiente generando diversos conflictos tanto con rivales comerciales mafiosos, como con pandillas callejeras y terceros que se involucran confusamente en la situación para sacarle a Mickey todo lo que tiene antes de la venta. Finalmente, la trama de intrigas se enreda tanto que obligará a Mickey a responder a estas intervenciones en orden a lograr la ansiada venta de su negocio y al espectador a tratar de descubrir quien traiciona a quien.

A través de una trama de crímenes, permanente acción y gran humor negro como es habitual en el cine británico, se muestra la producción de un cultivo de marihuana (*Cannabis Sativa* L.) no autorizado, realizado de manera ilícita por cultivadores y escondido en establecimientos subterráneos fuertemente custodiados por personas contratadas para esa función.

Se ve como los traficantes controlan el sitio a través de cámaras de seguridad, a la vez que cuentan con empleados cultivadores expertos que se dedican a producir una gran siembra ilegal y que consiguen una cantidad importante de cogollos con gran valor de mercado. Es posible advertir la gran inversión económica y el fuerte valor de venta que ese cultivo tiene para su dueño que pretende jubilarse saliendo del negocio del tráfico ilícito. Es decir que la película

muestra claramente la comisión de las conductas de siembra y cultivo de plantas para producir estupefacientes con fines comerciales abarcadas por el *inciso a)* del *artículo 5°*.

Asimismo, se puede observar que el objetivo de ese cultivo es producir y vender las flores (llamadas cogollos) en un mercado ilícito. Esto se ve en las escenas donde Mickey le hace llegar sus productos a posibles compradores para que los prueben y estos logran el efecto psicoactivo característico del componente químico Tetrahidrocannabinol (THC), que también se encuentra incluido en la nómina del Decreto 560/19.

Por otra parte, el film también presenta varias escenas donde se observa la tenencia con fines de comercialización de las plantas de cannabis, su distribución, dación en pago, almacenamiento y transporte -en este caso vehicular- para la comercialización como estupefacientes; todas acciones típicas previstas por el *inciso d)* del citado artículo.

Viendo la película completa, es posible advertir la comisión de actos que integran prácticamente toda la cadena de producción y comercialización ilegal de cannabis de alto contenido del componente psicoactivo THC, desde el cultivo de plantas hasta el consumo de los estupefacientes por parte de posibles clientes.

Cabe destacar que ambos incisos del art. 5° el *a)* y el *d)* incluyen otras materias -semillas, precursores químicos- que no aparecen en esta película; asimismo, el artículo contiene en el último párrafo una reducción punitiva para los casos en los que la escasa cantidad de estupefaciente y sus circunstancias indiquen que su destino era exclusivamente el consumo personal pero esta situación tampoco se ve reflejada en la película.

Ahora bien, con relación a las conductas de los *incisos b), c) y e)* del *artículo 5°*, es posible recordar una de las series de televisión considerada entre las mejores de los últimos años: *Breaking Bad*. Comenzó a emitirse en el año 2008 en Estados Unidos, donde además ocurre la trama, y resultó ganadora de múltiples premios cobrando fama a nivel mundial.

Es una pieza dramática que cuenta la historia de Walter White -actuado por Bryan Cranston-, un frustrado profesor de química de un colegio secundario, con un hijo con discapacidad y una esposa embarazada llamada Skyler. A Walter no le alcanza su sueldo para la manutención de su familia, por lo que además de enseñar a la mañana, trabaja en un lavadero de vehículos por las tardes.

La trama comienza cuando a Walter le diagnostican un cáncer pulmonar terminal y se plantea qué pasará con su familia cuando él muera. Mientras lidia con esa situación crítica, casualmente su cuñado, un agente de la DEA -organismo de investigación en drogas ilícitas en Estados Unidos-, lo invita a presenciar un allanamiento en una casa con el fin de secuestrar estupefacientes. Allí, Walter reconoce entre los productores de droga investigados a un exalumno suyo, Jesse Pinkman. Luego de eso y en atención a su situación, Walter contacta a Jesse para asociarse en fabricar y vender metanfetamina<sup>184</sup>, aprovechando sus conocimientos en química y las relaciones de Jesse con el mercado ilegal. Pretende con eso, asegurar el bienestar económico de su familia.

<sup>184</sup> La Metanfetamina (cuyo nombre científico es Desoxiefedreina) es una droga estimulante del sistema nervioso central derivada de la anfetamina y producida a partir de un proceso químico (Snapp, 2015).

En esta serie es posible ver un esbozo de lo que sería la producción ilegal y la venta de estupefacientes, como dos partes distintas de la cadena de tráfico ilícito.

Al principio, el profesor de química únicamente se dedica a realizar las conductas incluidas en el *inciso b)* del *artículo 5°*, previo conseguir ilícitamente los precursores químicos<sup>185</sup> que necesita: monta su propio laboratorio de producción ilegal de sustancias estupefacientes sintéticas de alto efecto psicoactivo en un habitáculo en medio de una zona desértica dentro del cual fabrica la sustancia que después se dedica a vender.

A medida que avanzan los capítulos, se ve como, de a poco, Walter irá adentrándose cada vez más en el universo de la venta ilegal al realizar las conductas de producción, tenencia y guarda de estupefacientes con fines de comercialización y de la comercialización propiamente dicha de los que produce. La serie muestra ya desde el segundo capítulo de la primera temporada, como Walter y Jesse realizan las conductas incluidas en el *inciso c)* y *e)* del *artículo 5°* al producir, tener, guardar, vender y transportar estupefacientes sintéticos para que compren unos clientes dedicados a la venta al menudeo.

Este acercamiento al mundo de las drogas ilícitas, el trato necesario con traficantes ilegales y mafiosos violentos va lentamente contaminando la personalidad de Walter, quien de a poco y a medida que avanzan los capítulos, cambia su actitud moralmente recta y predecible para convertirse en alguien endurecido, violento y sin escrúpulos cuando se trata de conseguir lo que quiere.

*Art. 6° - Será reprimido con prisión de cuatro (4) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco (45) a novecientas (900) unidades fijas el que introdujera al país estupefacientes fabricados o en cualquier etapa de su fabricación, precursores químicos o cualquier otra materia prima destinada a su fabricación o producción, habiendo efectuado una presentación correcta ante la Aduana y posteriormente alterara ilegítimamente su destino de uso.*

*En estos supuestos la pena será de tres (3) a doce (12) años de prisión cuando surgiere inequívocamente, por su cantidad, que los mismos no serán destinados a comercialización dentro o fuera del territorio nacional.*

*Si los hechos fueren realizados por quien desarrolle una actividad cuyo ejercicio depende de autorización, licencia o habilitación del poder público, se aplicará además inhabilitación especial de cinco (5) a veinte (20) años.*

*Art. 7° - Será reprimido con prisión de ocho (8) a veinte (20) años y multa de noventa (90) a mil ochocientas (1.800) unidades fijas, el que organice o financie cualquiera de las actividades ilícitas a que se refieren los artículos 5° y 6° de esta ley, y los artículos 865, inciso h), y 866 de la ley 22.415.*

*Art. 29 BIS - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que tomare parte en una confabulación de dos o más personas, para cometer alguno de los delitos previstos en los artículos 5, 6, 7, 8, 10 y 25 de la presente ley, y en el artículo 866 del Código Aduanero.*

<sup>185</sup> Son sustancias necesarias para la preparación de otras legales e ilegales. En Argentina son estrictamente registradas y controladas por el Ministerio de Seguridad de la Nación.

*La confabulación será punible a partir del momento en que alguno de sus miembros realice actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que se habían concertado.*

*Quedará eximido de pena el que revelare la confabulación a la autoridad antes de haberse comenzado la ejecución del delito para el que se la había formado, así como el que espontáneamente impidiera la realización del plan.*

Con respecto a estas acciones típicas, quien guste del cine más clásico podrá relacionarlas con la película que lanzó a la fama como actriz de reparto a Michelle Pfeiffer en 1983: *Scarface*. Es un drama criminal protagonizado por Al Pacino, dirigido por Brian De Palma y escrito por Oliver Stone.

Cuenta la historia del refugiado cubano Tony Montana -un joven Al Pacino- que llega sin un centavo a Miami en la década de 1980 para, en poco tiempo, en forma inescrupulosa y violenta convertirse en un poderoso narcotraficante. En su recorrido lo acompaña quien primero es la pareja de su jefe y luego la suya, Elvira -una muy joven Michelle Pfeiffer-, así como su mejor amigo también de origen cubano “Manny” Ribera. Juntos se incorporan a participar dentro de bandas que realizan tráfico y comercio ilegal de cocaína<sup>186</sup> desde Bolivia hacia el mercado de consumidores de Estados Unidos. A lo largo de la trama, se producen una serie de secuencias criminales violentas que involucran a Tony en la puja con sus jefes, con otros rivales comerciales y con la policía.

Si bien la película presenta los personajes de forma sumamente estereotipada acorde a la época en que fue producida, muestra en forma cruda diversas conductas relacionadas a la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, a la entrega, al suministro, al almacenamiento, la distribución y el transporte interjurisdiccional de estupefacientes. El protagonista Tony Montana de a poco va construyendo poder dentro de una estructura de narcotráfico, mediante el ejercicio de violencia y mucha efectividad para el contrabando y comercio internacional de cocaína. Así, empieza junto a Manny a cumplir encargos para el jefe y organizador de la estructura criminal para luego terminar remplazándolo.

También, en distintos momentos de la película se observa la comisión de la confabulación entre varios grupos de personas para la comisión de distintos delitos tal como lo prevé el *artículo 29 bis*.

Finalmente, Tony consigue -tal y como prevé el *artículo 7°*- conducir, organizar, financiar con fines de lucro y provechosamente a un grupo de personas dedicadas a la comisión de las conductas previstas por los artículos 5° y 6° de la ley 23.737 y por los *artículos 865, inciso h) y 866 de la ley 22.415*<sup>187</sup> -contrabando agravado de estupefacientes-. Y tal como está previsto en esta figura típica, en su calidad de organizador y financista no realiza por su propia mano los delitos, sino que confabula, comanda y financia al resto de los integrantes de la organización

<sup>186</sup> La cocaína es una sustancia alcaloide estimulante obtenida a partir de un proceso aplicado a las hojas de la planta de Coca.

<sup>187</sup> Se trata del Código Aduanero que entre sus previsiones cuenta con figuras penales específicas.

delictiva que sí los efectivizan. La película termina con un sangriento enfrentamiento y múltiples muertes acorde al nivel de riesgo con el que viven los personajes a lo largo de toda la trama.

## Sujetos activos específicos

*Art. 8° - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años y multa de seis mil a trescientos mil australes e inhabilitación especial de cinco a doce años, el que estando autorizado para la producción, fabricación, extracción, preparación, importación, exportación, distribución o venta de estupefacientes los tuviese en cantidades distintas de las autorizadas; o prepare o emplee compuestos naturales, sintéticos u oficinales que oculten o disimulen sustancias estupefacientes; y a que aplicare, entregare, o vendiere estupefacientes sin receta médica o en cantidades mayores a las recetadas.*

*Art. 9° - Será reprimido con prisión de dos a seis años y multa de tres mil a cincuenta mil australes e inhabilitación especial de uno a cinco años, el médico u otro profesional autorizado para recetar, que prescribiera, suministrar o entregare Estupefacientes fuera de los casos que indica la terapéutica o en dosis mayores de las necesarias. Si lo hiciera con destino ilegítimo la pena de reclusión o prisión será de cuatro a quince años.*

Las figuras típicas plasmadas en estos artículos no pueden ser cometidas por cualquier persona, sino únicamente por quien cuente con autorización expresa y formal de la autoridad competente: responsables de laboratorios y droguerías, personal de farmacias, de hospitales y de instituciones de investigación científica. Se trata de quienes deben cumplir los actos autorizados dentro del estricto marco de la autorización otorgada, fuera de ello su actuación dolosa se ve sancionada fuertemente por la norma.

Dos miniseries de TV estadounidenses emitidas recientemente en Argentina a través de plataformas virtuales muestran algunas de estas conductas ilícitas enlazadas, a su vez, con acciones realizadas por personas particulares del tipo de las incluidas en el artículo 5° antes tratado.

En ambos casos, se retrata aspectos del drama epidémico desatado en Estados Unidos desde mediados de la década del '90 debido al mal uso y al abuso de medicamentos que contienen opioides, en particular el comercializado bajo la marca OxyContin, cuyos posibles efectos adversos y alto poder adictivo fueron ocultados durante años por parte de la compañía farmacéutica que lo producía, Purdue Pharma.

En 2022 se lanzó *Dopesick*, protagonizada por un elenco estelar encabezado por Michael Keaton. Esta miniserie de ocho capítulos presenta la cuestión desde la perspectiva de un médico de pueblo (Keaton) quien, engañado por el laboratorio productor del medicamento, lo prescribe para el tratamiento de dolor a sus muchos pacientes para luego advertir los efectos negativos que le fueron ocultados: la fuerte capacidad adictiva del producto y efectos negativos irreversibles en la salud de sus pacientes.

También exhibe la investigación judicial llevada a cabo por un equipo de Fiscales para desentrañar la actuación de la empresa farmacéutica, que se mantuvo produciendo y distribuyendo masivamente el opioide escondiendo sus graves efectos negativos; gracias a eso obtuvo ganancias económicas siderales usando estratégicas campañas publicitarias engañosas y marketing agresivo sobre los médicos prescriptores de OxyContin.

Este año por otra parte, se lanzó *Painkiller*, una miniserie de seis episodios protagonizada por Matthew Broderick. Esta vez, el tema está presentado desde distintas aristas: la perspectiva de una investigadora auxiliar de la justicia, la vida del dueño inescrupuloso de la compañía Purdue Pharma, Richard Sackler y de la historia de una de las más exitosas visitadoras médicas de la empresa.

Cada capítulo de la serie, a su vez, es presentado por algún familiar de personas fallecidas debido a su adicción a este medicamento, demostrando así el grave daño a la salud que ello produce.

También se exhiben las prácticas empresariales inescrupulosas de la farmacéutica que, sabiendo el alto poder adictivo del medicamento, lo vendía informando que “*sólo el 1% de los pacientes podrían generar alguna adicción*” a la vez que fomentaba que los médicos recetaran cada vez dosis más altas de OxyContin a sus pacientes.

La serie también hace foco en la desesperación de las personas adictas para conseguir la droga y cómo se genera un mercado ilegal paralelo de compra y venta del opioide, largamente extendido por todo Estados Unidos. Algo que también se puede ver de forma dramática en *Dopesick*.

En ambas series es posible advertir la comisión de conductas que podrían estar incluidas en las previstas por los artículos 8° y 9° de la ley 23.737.

Así, se ve como los integrantes de la empresa farmacéutica, eventualmente enjuiciados, ocultan a los organismos de control y a la comunidad médica en general los efectos perjudiciales de la sustancia estupefaciente usada para la fabricación del OxyContin y sostienen que la información sobre su contenido era la correcta, debiéndose el abuso y la adicción a conductas individuales de las personas usuarias.

En Argentina podrían haber sido enjuiciados penalmente por infracción al artículo 8°, ya que en su calidad de autorizados para la producción y preparación del medicamento OxyContin ocultaron los efectos secundarios más negativos del estupefaciente que lo contiene produciendo graves daños a la salud. Pero la farmacéutica no escondió el contenido en sí del estupefaciente en el producto, sino solo la información sobre sus efectos secundarios y sobre su alta capacidad como droga de abuso: los médicos conocían que el OxyContin es un opioide. Quedaría entonces de relevancia la discusión sobre si ese conocimiento o información parcial alcanza para resultar atípico en función del contenido del citado artículo.

Por otra parte, en ambas miniseries se puede ver escenas donde las personas altamente adictas adquieren el opioide de manos de médicos inescrupulosos o inexpertos que les prescriben dosis más altas que las necesarias o que se los entregan y venden sin receta

alguna. Cometen así estos profesionales de la salud la conducta típica de administración infiel o irregular de medicamentos, prevista por el *artículo 9°*.

## Otras figuras

*Art. 10 - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a doce años y multa de tres mil a cincuenta mil australes el que facilitare, aunque sea a título gratuito, un lugar o elementos, para que se lleve a cabo alguno de los hechos previstos por los artículos anteriores. La misma pena se aplicará al que facilitare un lugar para que concurren personas con el objeto de usar estupefacientes.*

*En caso que el lugar fuera un local de comercio, se aplicará la accesoria de inhabilitación para ejercer el comercio por el tiempo de la condena, la que se elevará al doble del tiempo de esta si se tratare de un negocio de diversión.*

*Durante la sustanciación del sumario criminal el juez competente podrá decretar preventivamente la clausura del local.*

*Art. 29 - Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que falsificare recetas médicas, o a sabiendas las imprimiera con datos supuestos o con datos ciertos sin autorización del profesional responsable de la matrícula; quien las suscribiere sin facultad para hacerlo o quien las aceptare teniendo conocimiento de su ilegítima procedencia o irregularidad. En el caso que correspondiere se aplicará la accesoria de inhabilitación para ejercer el comercio por el doble de tiempo de la condena.*

A diferencia de los anteriormente tratados, las figuras típicas que prevé los *artículos 10° y 29°* pueden ser cometidas por cualquier persona, no exigen que se trate de alguien que cuente con una especial habilitación, pero sí que en el caso de ser realizadas las acciones por parte de quien tiene un título habilitante será pasible de inhabilitación especial.

Más allá de eso, el sujeto activo del *artículo 10°* sólo puede ser quien facilite el lugar físico o los elementos para la comisión de los delitos previstos por los *artículos 8° y 9°*.

En las dos series televisivas presentadas se ven momentos en diferentes capítulos en los cuales varios de los otrora pacientes usuarios y ahora adictos al OxyContin, recurren a distintas clínicas de atención en salud, a sitios clandestinos diversos e incluso a fiestas organizadas en locales comerciales por parte de la propia compañía farmacéutica Purdue en las cuales acceden a la sustancia sin ninguna razón lícita que lo justifique. Se advierte así, la clara facilitación para la distribución ilegal del opioide de manera que afecta el bien jurídico tutelado, precisamente la conducta abarcada por este *artículo 10°*.



## Circunstancias agravantes de pena

*Art. 11 - Las penas previstas en los artículos precedentes serán aumentadas en un tercio del máximo a la mitad del mínimo, sin que las mismas puedan exceder el máximo legal de la especie de pena de que se trate:*

- a) Si los hechos se cometieren en perjuicio de mujeres embarazadas o de personas disminuidas psíquicamente, o sirviéndose de menores de dieciocho años o sin perjuicio de éstos;*
- b) Si los hechos se cometieren subrepticamente o con violencia, intimidación o engaño;*
- c) Si en los hechos intervinientes tres o más personas organizadas para cometerlos;*
- d) Si los hechos se cometieren por un funcionario público encargado de la prevención o persecución de los delitos aquí previstos o por un funcionario público encargado de la guarda de presos y en perjuicio de éstos;*
- e) Cuando el delito se cometiere en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, lugar de detención, institución deportiva, cultural o social o en sitios donde se realicen espectáculos o diversiones públicos o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas o sociales;*
- f) Si los hechos se cometieren por un docente, educador o empleado de establecimientos educacionales en general, abusando de sus funciones específicas.*

Este artículo detalla distintas circunstancias por las cuales se eleva la escala penal prevista para cada uno de los delitos anteriormente analizados. Si se comparan tales circunstancias con los hechos relatados en las películas y las series traídas a análisis, es posible comprobar cómo se verifican muchas de ellas.

En la película *Scarface* se presentan circunstancias identificables con lo previsto por los incisos *b)* – hechos cometidos con violencia, intimidación o engaño-, *c)* -hechos organizados por más de tres personas- y *d)* -hechos cometidos por parte de un funcionario público, en ese caso un policía corrupto que participa del tráfico ilícito-.

De igual manera, en *The Gentlemen* se verifican situaciones incluidas en los incisos *a)* -participación de menores de edad-, *b)* -violencia e intimidación- y *c)* - más de tres personas organizadoras-.

Por su parte en las series *Breaking Bad*, *Dopesick* y *Painkiller* se observan varios agravantes previstos en este artículo también. Walter White es un docente secundario que abusa de su función para producir estupefacientes y luego los vende involucrándose en situaciones donde ejerce violencia o intimidación (*incisos b y f*). En las miniseries sobre el drama de la adicción al OxyContin se ve una organización de más de tres personas que actúan

mediante engaño -en este caso tanto Purdue Pharma como las clínicas médicas- perjudicando a embarazadas, a menores de edad y a personas disminuidas psíquicamente (*incisos a, b y c*).

Se deja aquí el desafío para que el lector encuentre en los filmes o en las series alguna otra circunstancia agravante aplicable a las figuras delictivas trabajadas, que haya sido pasada por alto.

*Art. 13 - Si se usaren estupefacientes para facilitar o ejecutar otro delito, la pena prevista para el mismo se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, no pudiendo exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate.*

Esta figura agravante de penas se aplica tanto en el caso en que se use drogas sobre una víctima para cometer un delito que la afecte, como en el caso en que el sujeto activo consuma algún estupefaciente que le facilite la ejecución del delito.

Este último ejemplo se advierte en la película *Scarface*, en la que se ve a Tony Montana consumir cocaína, un fuerte estimulante del sistema nervioso central, antes de salir armado a enfrentarse con sus enemigos.

## Sujetos activos específicos

*Art. 23 - Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de cuatro a ocho años el funcionario público dependiente de la autoridad sanitaria con responsabilidad funcional sobre el control de la comercialización de estupefacientes que no ejecutare los deberes impuestos por las leyes o reglamentos a su cargo u omitiere cumplir las órdenes que en consecuencia de aquéllos le impartieren sus superiores jerárquicos.*

*Art. 27 - En todos los casos en que el autor de un delito previsto en esta ley lo cometa como agente de una persona jurídica y la característica requerida para el autor no la presente éste sino la persona jurídica, será reprimido como si el autor presentare esta característica. Cuando cualquier delito previsto en esta ley sea cometido a través de una persona jurídica, se aplicará a esta multa de doscientas treinta (230) a mil ochocientas (1.800) unidades fijas, sin perjuicio de las sanciones que correspondan a los autores y partícipes que hubieren actuado en su nombre, representación, interés o beneficio. En caso de reincidencia será sancionada con la cancelación de la personería jurídica.*

En la serie *Breaking Bad* es posible observar un ejemplo de esta figura típica en el rol que cumple la empresa legal de comidas, Los Pollos Hermanos, cuyo titular es el chileno Gus Fring, quien se asocia a Walter y a Jesse para usar su cadena gastronómica como fachada para la distribución de metanfetamina en el suroeste de Estados Unidos.

Y en el caso de *Scarface*, la película muestra el rol decisivo que cumple el banco -en este caso también un banco legalmente constituido- en el lavado o blanqueo del dinero obtenido por Tony Montana como ganancia del tráfico ilícito de cocaína.

Así las cosas, la ley 23.737 incluye el rol de las personas jurídicas y de las personas físicas que la integran dentro de este artículo; es decisivo tanto para disfrazar u ocultar dentro de un mercado lícito la comercialización ilícita, como en el caso de los delitos cuyo resultado redunda en la obtención ilegal de elevadas ganancias económicas que luego deben ser ingresadas al circuito legal a través de mecanismos financieros.

## Figuras de difusión y preconización

*Art. 12 - Será reprimido con prisión de dos a seis años y multa de seiscientos a doce mil australes:*

- a) El que preconizare o difundiere públicamente el uso de estupefacientes, o indujere a otro a consumirlos;*
- b) El que usare estupefacientes con ostentación y trascendencia al público.*

*Art. 28 - El que públicamente imparta instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes, será reprimido con prisión de dos a ocho años.*

*En la misma pena incurrirá quien por medios de comunicación masiva social explique en detalle el modo de emplear como estupefaciente cualquier elemento de uso o venta libre.*

Los delitos previstos por estos dos artículos son dolosos y de peligro abstracto. Deben conjugarse con el derecho a la libertad de expresión que la Constitución Nacional protege, analizando las circunstancias en las cuales se comunica en forma pública, ya sea en el caso de la preconización o inducción al consumo, el del uso con ostentación hacia terceros o el del impartir instrucciones o comunicar masivamente como emplear estupefacientes.

La preconización es un tipo especial de apología del delito, en el que el sujeto activo dolosa y públicamente tributa elogios al uso de estupefacientes. En el filme documental recientemente estrenado *Llaman a Joe* (2023) se relata la historia de un caso real de la jurisprudencia bonaerense en el cual se investigó al músico Andrés Calamaro por una frase dicha en un recital brindado en La Plata en 1994. Esta película cuenta la historia del abogado Albino Estefanolo, apodado Joe, que dedicó su carrera al asesoramiento de muchos músicos y artistas. Con relación a este caso puntual, muestra a Estefanolo al momento en que intervino en la defensa de Andrés Calamaro, acusado por infracción al *artículo 12, inciso a) de la ley 23.737*, así como sus exposiciones públicas en diversos medios de comunicación y programas de televisión a mediados de los años '90 explicando el caso judicial; finalmente, presenta tanto al músico como al abogado en la actualidad comentando la resolución final del proceso que culminó con la absolución de Calamaro.

## Figuras asociadas a la tenencia de estupefacientes

El artículo 14 de la ley 23.737 define dos clases de figuras de tenencia en cada uno de sus párrafos, la tenencia simple y la tenencia para consumo, a las que asigna diferente escala de pena:

*Art. 14 - Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.*

La primera de las figuras, la tenencia simple de estupefacientes es un delito de consumación instantánea que se configura al momento en que se acredita la detentación de una cantidad de sustancia ilícita por parte del sujeto activo.

Suelen calificarse como tenencia simple aquellos casos en los que se produce el hallazgo de la sustancia ilícita en poder del sujeto activo, sin que pueda determinarse que fuera detentada para realizar acciones más graves que esa la mera tenencia, por ejemplo el comercio del artículo 5°, inciso c), y cuando tampoco sea posible determinar que por la escasa cantidad de sustancia hallada y demás circunstancias indefectiblemente estuviese destinada al consumo personal de quien la tuviera en su poder, como lo prevé el *segundo párrafo del artículo 14°*.

Con relación a la figura típica del segundo párrafo, es necesario poner el foco que lo que se penaliza es una acción realizada en la estricta esfera personal del sujeto activo. Se trata de la tenencia de estupefacientes inequívocamente destinada al consumo personal del sujeto activo, es decir, se detenta la sustancia para un uso decidido por quien la tiene, que no tendrá trascendencia a terceras personas.

En definitiva, lo que se deja dentro de la esfera personal es la situación previa al consumo de estupefacientes: para consumir algo, indefectiblemente antes hay que tenerlo.

Ahora bien, en el sistema jurídico argentino se reconoce expresamente un ámbito de intimidad en el marco del cual las personas pueden elegir libremente su plan de vida, sin que el estado pueda inmiscuirse por intermedio de sus agencias penales, ni por razones legales, ni de salud pública, siempre y cuando no exista afectación a otras personas. Dicho ámbito que queda fuera de la injerencia estatal y opera como un límite hacia ella, está especialmente protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional por tratarse de una acción privada que no afecta a terceros.

Siguiendo ese razonamiento, la tenencia para consumo personal ha sido detalladamente analizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes *Bazterrica, Gustavo* (1986)<sup>188</sup>, *Arriola, Sebastián y otros* (2009)<sup>189</sup> y *Salvini, Marcelo* (2022)<sup>190</sup> en los cuales

<sup>188</sup> CSJN “Gustavo Mario Bazterrica s/ TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES” SENTENCIA 29 de Agosto de 1986. Magistrados: BELLUSCIO - BACQUE (voto mayoritario) - PETRACCHI (según su voto) - (en disidencia) - FAYT (en disidencia)

ha declarado la inconstitucionalidad del párrafo segundo del artículo 14°, por afectar el derecho a la intimidad y el principio de reserva, es decir, por no superar la vara de protección establecida por el artículo 19 de la Carta Magna.

En 1986 la Corte Suprema analizó el contenido del artículo 6° de la ley 20.771 -ley antecesora de la actual- y sostuvo su inconstitucionalidad en un extenso fallo excelentemente fundado. A continuación, se transcribe parte del sumario:

*“La prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres, responde a una concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elija [...]*

*El orden jurídico debe, por imperio de nuestra Constitución, asegurar la realización material del ámbito privado concerniente a la autodeterminación de la conciencia individual, para que el alto propósito espiritual de garantizar la independencia en la formulación de los planes personales de vida no se vea frustrado [...]*

*El hecho de no establecer un nexo razonable entre una conducta y el daño que causa, implica no distinguir las acciones que ofenden a la moral pública o perjudican a un tercero, de aquéllas que pertenecen al campo estrictamente individual, haciéndose entonces caso omiso del art. 19 de la Constitución Nacional que obliga a efectuar tal distinción.*

*[...] Es fundamental para la existencia de una sociedad libre, el derecho a la privacidad consagrado por el art. 19 de la Constitución Nacional...”* (CSJN Bazterrica, Gustavo).

En el año 2009, el más alto tribunal retomó el análisis con relación al segundo párrafo del artículo 14° de la ley 23.737, en el precedente “Arriola”. En esa ocasión, remitiéndose a los fundamentos de “Bazterrica” y sumando otros novedosos, la Corte declaró su inconstitucionalidad.

No obstante ello, ambos precedentes se trataron de casos de personas interceptadas por integrantes de fuerzas de seguridad detentando la sustancia. En cambio, el caso “Salvini” se trataba de una persona detenida en un establecimiento carcelario, y la Corte decidió que el ámbito de privacidad protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional y reconocido en los precedentes jurisprudenciales citados abarca casos como el de Marcelo Salvini, quien no pierde su derecho a la intimidad personal y su libertad de realizar actos privados en tanto no afecten a terceros, por el solo hecho de estar detenido.

Un ejemplo de tenencia de estupefacientes para consumo personal se observa claramente en la película argentina de suspenso policial y comedia, *El robo del siglo* (2020), dirigida por Ariel Winograd.

Basada en la historia real del robo a la sucursal del Banco Río de la localidad bonaerense de Acassuso sucedido en el año 2006, cuenta la historia desde la perspectiva de quienes lo

<sup>189</sup> CSJN “Arriola, Sebastián y otros s/ RECURSO DE HECHO” - causa n° 9080 SENTENCIA 25 de Agosto de 2009. Magistrados: HIGHTON DE NOLASCO - MAQUEDA - LORENZETTI (según su voto) - FAYT (según su voto) - PETRACCHI (según su voto) - ZAFFARONI (según su voto) - ARGIBAY (según su voto)

<sup>190</sup> CSJN “Recurso de hecho deducido por la defensa de Marcelo Daniel Salvini en la causa Salvini, Marcelo Daniel y otro s/ incidente de recurso extraordinario” SENTENCIA 30 de Agosto de 2022. Magistrados: ROSSATTI (en disidencia) - ROSENKRANTZ - MAQUEDA (en disidencia) - LORENZETTI (según su voto) - ANTELO (según su voto)

consumaron. Este hecho fue cometido por una banda de seis hombres que, armados con réplicas de armas de fuego, tomaron 23 rehenes y huyeron del banco llevándose un botín valuado en aproximadamente 19 millones de dólares, sin dejar rastro mientras estaban siendo asediados por la policía. Al ingresar finalmente la policía al banco, encuentra las armas de juguete con un cartel que decía “*en barrio de ricachones, sin armas ni rencores, es solo plata, no amores*”.

La película relata la planificación, la ejecución y lo sucedido después del atraco: su idea y organización, la obtención y fabricación de las herramientas para ejecutarlo, su efectiva realización tal como fuera planeada y los hechos ocurridos posteriormente que llevaron a la identificación y detención de sus autores.

A lo largo de la trama se observa como el protagonista, personificado por Diego Peretti detenta y fuma cigarrillos de marihuana (*cannabis*). Lo hace durante las distintas secuencias en las que tiene la idea original para el atraco, planifica las condiciones para realizarlo, recluta al resto de los integrantes de la banda y luego forma parte de la ejecución.

Lo que ahí se muestra, presentado como una costumbre habitual que el personaje usa para relajarse o en los momentos en los que quiere dedicarse a pensar, se trata justamente del consumo y tenencia de un tipo de estupefacientes que, por su escasa cantidad y las circunstancias en las cuales es detentado, inequívocamente está destinado para el consumo personal, figura típica prevista en el segundo párrafo del artículo 14°.

También es posible advertir, que el personaje lleva consigo escasa cantidad de *cannabis*, la suficiente para autoabastecer su consumo. Se observa la falta de trascendencia de estos actos a terceras personas de forma que tal que se ponga en riesgo su salud, así como que no se producen otras consecuencias de las que pueda inferirse la afectación al bien jurídico protegido por la norma. Justamente, porque el personaje de la película es una persona adulta que no parece integrar ningún colectivo de especial vulnerabilidad<sup>191</sup> y que libremente elige hacer uso de marihuana por vía fumada en el marco de su vida privada.

Es precisamente ese ámbito de privacidad, intimidad y libre elección de vida, el protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional y que opera como límite infranqueable para el accionar del estado que no puede vulnerar esos derechos por razones morales o con la excusa de pretender resguardar la salud pública.

*Art. 15 - La tenencia y el consumo de hojas de coca en su estado natural destinado a la práctica del coqueo o masticación, o a su empleo como infusión, no será considerada como tenencia o consumo de estupefacientes.*

Si bien las hojas de la planta de coca (*Erythroxylon coca*) están incluidas en el concepto de sustancias estupefacientes, la legislación reconoce que su masticación o coqueo, así como el uso de las hojas como infusión, constituye una práctica cultural de origen ancestral

<sup>191</sup> Se trata de colectivos de personas a los que la ley le asigna especial protección por su condición de desigualdad estructural, por razones de género, por edad (adultos mayores, niños), por motivos de clase o raza que impliquen falta de acceso a derechos, por condición de discapacidad, etc.

fundamental extendida en una parte de la población tanto nacional como la de otros países de la zona andina.

Cabe aclarar que el Decreto 560/19 contempla el clorhidrato de cocaína en forma separada de las hojas de la planta, al tratarse claramente de sustancias bien diferenciadas.

En ese sentido, la ley penal contiene este artículo específico que excluye dichas costumbres ancestrales de manera tal que no se consideran tenencia o consumo de estupefacientes.

## **Doping deportivo**

*Art. 25 - Será reprimido con prisión de un mes a tres años, si no resultare un delito más severamente penado, el que suministrare a un participante en una competencia deportiva, con su consentimiento o sin él, sustancias estimulantes o depresivas tendientes a aumentar o disminuir anormalmente su rendimiento.*

*La misma pena tendrá el participante en una competencia deportiva que usare algunas de estas sustancias o consintiere su aplicación por un tercero con el propósito indicado en el párrafo anterior.*

*Art. 26 - Será reprimido con prisión de un mes a tres años, si no resultare un delito más severamente penado, el que suministre sustancias estimulantes o depresivas a animales que intervengan en competencias con la finalidad de aumentar o disminuir anormalmente su rendimiento.*

*La misma pena se aplicará a quienes dieren su consentimiento para ello o utilizaren los animales para una competencia con conocimientos de esa circunstancia.*

Un ejemplo del delito previsto por el artículo 25° se ve claramente en la película de la plataforma Netflix *Icarus* (2017). Se trata de un documental realizado por Bryan Fogel, que muestra el uso establecido de sustancias prohibidas por parte de los atletas rusos, al menos desde el año 2012, y de su sistemático ocultamiento por parte de las agencias de control *antidoping* del país euroasiático ante las federaciones deportivas internacionales. Revela este filme como se inducía a los atletas al consumo de sustancias, por ejemplo, de anabólicos esteroides para mejorar el rendimiento muscular, a través de los entrenadores para luego esconder esos usos alterando la cadena de custodia de las muestras tomadas a los deportistas para los controles *antidoping*.

Las sustancias incluidas en estos artículos son las que están prohibidas por su capacidad para producir efectos de mayor o menor rendimiento por parte de los deportistas o de los animales que forman parte de competencias deportivas. En el caso del documental citado, se observa el uso de sustancias que mejoraban el rendimiento de sus usuarios por aumentarles la masa muscular o reducir su fatiga, pero el delito en la ley argentina prevé los dos resultados como posibles -mejorar o reducir el rendimiento-.

Finalmente, hay que señalar que el *artículo 38°* de la ley 23.737 incorporó el artículo 26 bis a la ley del deporte 20.655, conforme el cual las penas previstas en los *artículos 25° y 26°* se verán agravadas en el caso en que las sustancias usadas o suministradas sean estupefacientes.

## Referencias

- Asturias, Miguel Ángel (2019) *Estupefacientes. Tráfico, suministro y uso indebido*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Baca Paunero, María Victoria (2020) *Cannabis para la salud y discurso jurídico penal*. Buenos Aires: Di Plácido.
- Escohotado, Antonio (2018) *Aprendiendo de las drogas. Usos y abusos, prejuicios y desafíos*. Madrid: La emboscadura.
- Rafecas, Daniel (2021). *Derecho penal sobre bases constitucionales*. Buenos Aires: Didot.
- Riquert, Marcelo A. (2018) *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*. Buenos Aires: Erreius.
- Rusconi, Maximiliano A. (2007) *Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Snapp, Zara (2015) *Diccionario de Drogas*. México: Ediciones B.
- Zaffaroni, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro (2003) *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar



# Anexo Jurisprudencia

*Mercedes González Isabella*

## Estupefacientes

Tenencia de estupefacientes para consumo personal y establecimientos carcelarios.

Ante la condena por la casación por el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal en una unidad penitenciaria el encartado promovió un recurso de queja ante la Corte. El Tribunal, por mayoría que se integró con un conjuez, modificando el anterior criterio fallado en la causa “Rodríguez, Héctor Ismael” (Fallos: 344:2409), revocó la condena y ordenó dictar un nuevo pronunciamiento remitiendo para ello a los fundamentos de los dos votos que se habían pronunciado en minoría en el precedente referido. En aquella ocasión, valer recordar, en los mencionados votos, se consideró que los internos no pierden todos sus derechos por el hecho de haber sido privados de su libertad, sino que pueden reclamar, como cualquier otro ciudadano, que su derecho a la privacidad sea reconocido. A lo que se añadió que correspondía respetar el ámbito de ejercicio de la libertad personal cuando no hay daño o peligro concreto para terceros. **(CSJN, Fallos: 345:869, 2022)**

Sentencia que condenó al imputado como autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal - Cigarrillos secuestrados dentro del colchón de quien estaba detenido en una unidad penitenciaria - Recurso interpuesto por la defensa - La mayoría del Tribunal desestimó la queja al considerar que el recurso extraordinario era inadmisilible (art. 280 CPCCN) - Disidencia del juez Rosenkrantz: Precedentes: "Arriola" (Fallos: 332:1963) y "Bazterrica" (Fallos: 308:1392) - Los internos no pierden todos sus derechos por el hecho de haber sido privados de su libertad sino que pueden reclamar, como cualquier otro ciudadano, que su derecho a la privacidad sea reconocido - Inexistencia de prueba alguna de que haya habido terceros que hubiesen advertido que el imputado consumió estupefacientes - Disidencia del juez Lorenzetti: Es preciso respetar el ámbito de ejercicio de la libertad personal cuando no hay daño o peligro concreto para terceros - La finalidad de distribución y el peligro a terceros quedaron descartados - La privación de libertad conlleva, necesariamente, una restricción a la autonomía personal y al derecho a la privacidad de las personas que la sufren pero en modo alguno puede considerarse que importe la pérdida definitiva de dichos derechos. **(CSJN Fallos: 344:2409, 2021)**

Dado que las recurrentes cuestionaron la validez del artículo 5°, inciso a, de la ley 23.737 en cuanto consagra la exigencia legal de la autorización previa para el cultivo de cannabis -como

línea divisora entre lo punible y lo no punible-, resulta necesario aclarar que lo resuelto no implica adoptar posición con respecto al supuesto de quien ha sido imputado penalmente por cultivar cannabis con fines medicinales sin contar con la previa autorización; ello con más razón aun cuando el estándar jurisprudencial del precedente “Arriola” (Fallos: 332:1963) depende en su razonamiento de las circunstancias fácticas de cada caso en concreto. **(CSJN, Fallos: 345:549, 2022)**

La técnica legislativa escogida en las normas cuestionadas (arts. 9 de la ley 27.302 y 5, primer párrafo, de la ley 23.737 -reformado por el primero-) no vulnera el principio de legalidad (art. 18, Const. nac.), pues en su texto se encuentran debidamente enunciadas las conductas prohibidas y se fijan las penas para cada delito, estableciendo -en lo que importa para el caso- un piso y un máximo de unidades fijas, quedando de ese modo delimitada la escala punitiva para cada infracción. Además, la unidad fija escogida no resulta caprichosa, sino que se encuentra establecida en la propia ley al sujetarla al precio del formulario de inscripción en el Registro de Precursores Químicos, siendo entonces su valor idéntico para todas las conductas. De esta manera, se evita que la norma sufra desactualizaciones por el transcurso del tiempo, sin dispendios legislativos innecesarios. **(SCBA, causa P 133549, 2022)**

La prohibición de tenencia de estupefacientes en un establecimiento carcelario, aún para uso personal, aparece -según los casos- como una restricción razonable al ámbito de intimidad, pues no es posible descartar que esa conducta no apareje ningún riesgo para derechos o bienes de terceros dependiendo de las condiciones particulares de su tenencia. **(SCBA, causa LP 126274, 2016)**

Encontrándose fuera de discusión que la hipótesis típica endilgada es la de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y que ésta se circunscribe a dosis fraccionadas con destino directo al consumo, el hecho de la intervención de tres o más personas que torna aplicable la agravante contenida en el inc. c) del art. 11 de la ley 23.737, no califica la sustancia de la imputación ni el hecho de que la conducta quede atrapada en la desfederalización operada por la ley 26.052. **(SCBA, causa P 126774, 2016)**

Habiéndose creado dentro del ámbito del Ministerio de Salud el registro REPROCANN, destinado a emitir la correspondiente autorización a los pacientes que acceden a través del cultivo controlado a la planta de cannabis y todos sus derivados, como tratamiento medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor, es deber del interesado solicitar la correspondiente autorización frente a la autoridad competente. **(TCP Sala III, causa 104636, 2022)**

En casos tan extremos como este, la historia clínica basta y sobra para acreditar la necesidad de las dosis de cannabis, lo que transforma la ausencia de inscripción en el registro en una mera falta administrativa. **(TCP Sala III, causa 104636, 2022)**

El método utilizado en los denominados *test* reactivos de color, entre los que se encuentran el de “Marquis” (utilizado en países como España) y el de *Screnning* (utilizado mayormente por nuestra policía provincial), consiste en el uso de una mezcla de anticuerpos selectivos para las distintas drogas (principios activos) y sus metabolitos, obteniendo un resultado con un alto grado de sensibilidad que permite determinar la presencia de los principios activos de la

sustancia estupefaciente. Y si bien no es una prueba definitiva, los reagentes químicos que utiliza son aceptados dentro de la comunidad científica como los predilectos para la identificación de las sustancias específicas de análisis; sin embargo, no dan la suficiente certeza como para determinar si lo hallado ingresa en el listado del art. 77 del CP. **(TCP Sala IV, causa 105781, 2021)**

La ausencia de la experticia cromatográfica o de similar tenor, no brinda la certeza necesaria, requisito indispensable, para tener por cierto que nos encontramos ante una sustancia capaz de producir la dependencia psicológica y física que la normativa establece. **(TCP Sala IV, causa 100720, 2020)**

## Artículo 83 del Código Penal

Si bien el Código Penal no sanciona a quién atentare contra su vida, desde que la protección legal no llega a imponer al propio sujeto que preserve su vida y su integridad física, quedando ello dentro del ámbito privado (art. 19 Constitución Nacional) lo que sí impide es que terceros lo hagan- en el caso, los médicos -aún con consentimiento- o colaboren con dicho destinatario pues ello constituye un atentado a la vida, lo cual escapa a dicho marco privado (arts. 83 y 91 Código Penal). Es que los médicos no son instrumentos inanimados mediante los cuales la paciente obra con exclusiva y propia determinación sobre su cuerpo. Por el contrario, son sujetos de derecho, responsables, que actúan conforme su ciencia y arte y en el ámbito que el derecho les habilita. -(Cámara San Nicolás, causa 981252, 1998)

## Artículo 84 del Código Penal

Que la autolesión de la víctima pueda ser considerada atípica no releva de la obligación de realizar acciones de salvamento, en el momento en que ésta pierde ya toda autonomía y se encuentran ligados por la empresa riesgosa asumida previamente en forma mancomunada. **(TCP Sala III, causa 91100, 2020)**

Cuando la conducta del imputado encuadra en la figura del artículo 84 del código sustantivo, clasificable como un delito de infracción al deber -en tanto el núcleo de la imputación radica en una deficitaria asunción de un deber de cuidado-, no existe violencia ni intimidación "dirigida" contra la víctima en los términos del artículo 41 bis de código de cita; sino que la infracción misma se agota en la actitud descuidada del encartado. **(TCP, Sala II, causa 30144, 2010)**

Se descarta que el resultado de homicidio contemplado en el art. 165 del Código Penal, abarque al homicidio preterintencional o al imprudente en los términos de los arts. 81, inc. 1-b y 84 del Código de fondo. **(SCBA, causa P 123353, 2017)**

## Aborto

Resulta inadmisibles el recurso extraordinario que no logra expresar argumentos constitucionales suficientes que sustenten la interpretación que deja fuera del ámbito de aplicación de la norma contenida en el art. 86.2 del Código Penal -aborto no punible- a la mujeres que no tengan deficiencias psíquicas pues, más allá de las diferentes capacidades que puedan presentar, la característica común que tienen unas y otras es que en todos los casos se trata de mujeres que han quedado embarazadas como consecuencia de un ataque a su integridad sexual (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

Si en el recurso extraordinario se invoca, unilateralmente, la afectación del derecho a la vida de las personas por nacer, pero se omite toda consideración con respecto al otro extremo del conflicto, la situación de la niña de 15 años embarazada a consecuencia de una violación, al sesgar de tal modo su argumentación, se ignora la valoración integral que hizo el tribunal provincial para sostener la constitucionalidad de su interpretación del art. 86, inc. 2° del Código Penal, asumiendo sus implicancias en cuanto a la afectación de la persona por nacer y contrapesando ello con los derechos de la niña, enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna contraria a la que fuera previamente definida por el legislador (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi). **(CSJN, Fallos: 335:197, 2012)**

Reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida **(CSJN, Fallos: 332:433)**.

Corresponde confirmar el reproche formulado al procesado en los términos de homicidio calificado por el uso de arma de fuego, homicidio calificado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa y aborto calificado por el uso de arma de fuego en concurso ideal si, de acuerdo a la plataforma fáctica, quedó demostrado que el imputado efectuó un disparo, a corta distancia, contra dos personas que se encontraban abrazadas, hiriendo a una de ellas y causándole la muerte a la otra y su hijo por nacer. **(SCBA, causa P 132816, 2020)**

## Artículo 90 del Código Penal

No se comprueba el tipo objetivo de las lesiones previstas en el artículo 90 del Código Penal con la sola mención por parte de la víctima de que le dieron unos días de licencia, pues no basta para tener por demostrado el lapso temporal de inutilización para su labor exigido por la norma. **(TCP Sala I, causa 78666, 2016)**

El artículo 90 del Código Penal exige que la lesión haya tenido capacidad de inutilizar a la víctima para el trabajo por más de un mes, independientemente de su actividad concreta pues

lo contrario llevaría a la absurda imposibilidad de condenar por lesiones graves en aquellos casos en que el damnificado carezca de trabajo o esté jubilado. **(TCP Sala III, causa 37577, 2016)**

El artículo 90 del Código Penal se refiere a lesiones, a aquellas físicas que puedan producir una debilitación permanente en la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, o causado alguna deformación permanente del rostro, que lo hubiere inutilizado para el trabajo por un tiempo mayor a un mes, pero tales situaciones nunca abarcan un daño en la salud psicológica de la víctima. **(TCP Sala III, causa 61400, 2015)**

## Artículo 92 del Código Penal

No tiene incidencia en la aplicación del tipo penal agravado del artículo 92 del Código de fondo que al momento del hecho los implicados convivieran, pues solo se exige para su configuración que el sujeto activo mantenga o haya mantenido una relación de pareja con el sujeto pasivo, mediare o no convivencia. **(TCP Sala II, causa 76555, 2016)**

Se configura el delito de lesiones graves por ensañamiento -cfr. art. 92 del C.P. en función del art. 80 inc. 2 del C.P.-, cuando la intención del autor es ocasionar en la víctima un sufrimiento y dolor desmedido, que excede el necesario para configurar el tipo básico del artículo 89 del mismo cuerpo normativo. **(TCP, sala III, causa 68379, 2016)**

La utilización de un elemento de descarga de electricidad -en el caso, picana-, las maniobras de ahorcamiento, trompadas, arrastre y saltos sobre el cuerpo de la víctima, denotan que la voluntad del agresor está dirigida a causar más dolor que el provocado por aquel que solo lesiona -cfr. art. 92 del C.P. en función del art. 80 inc. 2 del C.P.- **(TCP, Sala III, causa 68379, 2016)**

## Artículos 95 y 96 del Código Penal

Además de comprometer seriamente el principio de inocencia, la figura de los arts. 95 y 96 del Código Penal enerva los fundamentos de la responsabilidad personal, la cual, para mantenerse incólume, requiere que el hecho determinado por previa conminación legal e imputado en el proceso, sea atribuible al autor (art. 18 de la Constitución Nacional) (Voto del Dr. Carlos S. Fayt). -De su disidencia en el precedente "Antiñir", al que remitió el voto-. **(CSJN, Fallos: 331:477, 2008)**

Corresponde confirmar la sentencia que -al rechazar el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 95 y 96 del Código Penal- interpretó, razonablemente, el tipo penal como un delito preterintencional, en el cual la conducta realizada y probada ya representaba el riesgo previsible de producción del resultado.

El hecho de que el art. 95 del Código Penal sujete su aplicación a la circunstancia de que no conste quién causó la muerte o las lesiones no puede ser entendido como una autorización a

los jueces para solucionar las dificultades probatorias para la imputación del resultado a uno o varios autores en concreto, por medio de la atribución de responsabilidad a todos los intervinientes en el hecho, pero con una pena menor, pues ello significaría consagrar una "pena de sospecha", vedada por el art. 18 de la Constitución Nacional. **(CSJN, Fallos: 329:2367, 2006)**

Es insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que se denuncia la errónea aplicación del art. 79 y la inobservancia del 95 del Código Penal, fundado en que el tribunal confunde el requisito de cantidad con el de identidad del homicidio en riña, si el tribunal intermedio resolvió que la aplicación de dicha figura requeriría dar por probada la intervención del mínimo de personas que establece dicho tipo penal, es decir, más de dos; en tanto que ello es diferente a que se deba acreditar la identidad de los participantes en la riña **(SCBA, Causa P 127346, 2018)**

No puede prosperar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley por el cual se pretende la prelación de la figura del art. 95 del C.P. en relación con la de homicidio simple pues habiendo quedado establecida la intervención en calidad de coautores de los imputados (art. 45, cód. cit.), en cuanto dispararon a granel cada uno sendos tiros en contra de la víctima, aún cuando no se haya podido determinar cuál de ellos produjo el resultado letal corresponde, en virtud del principio de reciprocidad, imputar a ambos actantes el resultado como realización del riesgo de muerte creado en común. **(SCBA, Causa P 105008, 2009)**

Para los casos previstos en el artículo 95 del código de fondo, y ante la imposibilidad de determinar al agente causal directo, el legislador estableció el desplazamiento de las reglas de la autoría y la participación, siempre y cuando la muerte se haya producido en razón de la agresión o riña a partir de la violencia desplegada en dicho marco contra el ofendido por parte de alguno o varios de los que intervinieron, la cual debe ser idónea para producir el resultado típico. **(TCP Sala IV, causa 80197, 2017)**

La razón del tipo penal del artículo 95 del Código Penal, radica en la imposibilidad de precisar con certeza cuál de los contendientes es el autor directo y material del deceso, o en su caso, de la lesión, siendo pasibles sin embargo, de sanción penal aquellos involucrados respecto de los cuales se haya acreditado una intervención activa violenta en la riña o agresión. **(TCP Sala IV, causa 80197, 2017)**

Conforme el artículo 95 del Código Penal, la riña es el acometimiento tumultuoso, espontáneo y recíproco suscitado entre tres o más personas. **(TCP Sala I, Causa 70668, 2016)**

## Artículos 104 y 105 del Código Penal

Cierto sector concibe a la figura de abuso de armas como un delito de peligro, cuyo tipo objetivo, a diferencia del tipo objetivo del delito de homicidio, abarca riesgos de carácter remoto, o indeterminados, o menos concretos para la lesión al objeto de la acción: se trata de "... «grados» de proximidad de la posibilidad de lesión" (Sancinetti, ob. cit., pág. 229; en el

mismo sentido, Lerman, "La distinción entre la tentativa de homicidio y el abuso de armas", Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, LexisNexis, n° 6, febrero 2005, págs. 102 y sigs.). En cambio, la tentativa de homicidio comprende comportamientos que introducen riesgos concretos y bien próximos para la vida del sujeto pasivo. Por ello no se trata de una diferencia en la estructura subjetiva del comportamiento del autor, sino en el alcance normativo-objetivo de cada una de las figuras penales. El dolo, en ambos casos, está dado por la representación de un riesgo diferente. **(SCBA, causa P 134881, 2021)**

La figura de abuso de armas se concibe como un delito de peligro, cuyo tipo objetivo, a diferencia del tipo objetivo del delito de homicidio, abarca riesgos de carácter remoto, o indeterminados, o menos concreto para la lesión al objeto de la acción, se trata de "grados" de proximidad de la lesión. En cambio, la tentativa de homicidio comprende comportamientos que introducen riesgos concretos y bien próximos para la vida del sujeto pasivo. No se trata de una diferencia en la estructura subjetiva del comportamiento del autor, sino en el alcance normativo-objetivo de cada una de las figuras penales. El dolo, en ambos casos, está dado por la representación de un riesgo diferente. **(SCBA, causa P 130964, 2019)**

El legislador caracterizó como residual el tipo contenido en la primera parte del artículo 104 del Código Penal al establecer en su segundo párrafo que la pena prevista para el delito de disparo de arma de fuego no se aplicará cuando el hecho importe un delito más grave. **(TCP Sala II, causa 44813, 2011)**

Queda exteriorizado el delito de abuso de armas criminis causae -art. 105 en función del art. 80 inc. 7° C.P.-, con los disparos de armas de fuego que el imputado de un delito de robo dirige contra los funcionarios policiales para evitar ser aprehendido y consecuentemente procurando impunidad. **(TCP Sala IV, causa 66632, 2015)**

La remisión que realiza el artículo 105 al 80 inciso 7°, en juego con el 104 del Código Penal, lo es en torno a las circunstancias previstas en dicha normativa, y no con respecto a la necesidad de dolo homicida. **(TCP Sala III, causa 20559, 2009)**

## Los autores

### Coordinador

#### **Vitale, Gabriel Mauro Ariel**

Abogado (1996) Profesor Titular Ordinario de la Cátedra de Derecho Infancia, familia y cuestión penal de la Facultad de Trabajo Social (2006 Universidad Nacional de La Plata) Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (2005 UNLP) Profesor en la Especialización Posgrado de Políticas Públicas y Género U.N.L.A. y en la Especialización de Posgrado de Familia en la U.N.L.P. Investigador Categorizado UNLP (2000). Postgrado en Criminología y en Infancia y adolescencia por la Universidad de Salamanca (España 2000 y 2020) Especialista en Derecho Penal (2011) y Master en Derecho Penal Universidad Austral (2013), Integró la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (AAPDP) y el Colectivo Nacional por los derechos de Infancia. Fue secretario del Instituto de Niñez del Colegio de Abogados de La Plata, (1996/2001) y Coordinador del área de infancia y adolescencia del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP 2005/2010), Director Académico del Código Penal Comentado de la Asociación Pensamiento Penal, Juez de Garantías en el Departamento judicial de Lomas de Zamora. Autor de libros, artículos y comentarios.

### Autores

#### **Álvarez, Javier Teodoro**

Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Master en Razonamiento Probatorio por la Universitat de Girona y la Università di Genova. Master en Derecho Penal egresado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Torcuato Di Tella. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) a cargo de la materia Delitos Contra la Integridad Sexual. Profesor Adjunto regular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana (UAI) a cargo de las asignaturas Derecho Procesal Penal y Derecho Penal II. Profesor titular de Derecho Penal Parte Especial (IUNMa) y Profesor de posgrado en la Universidad Nacional de Avellaneda (UNDAV), en la Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS) y la Universidad Nacional del Sur (UNS).

#### **Amaya, María Dolores**

Abogada. Ayudante Diplomada interina de Derecho Penal II Comisión 3 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Coautora de Cine y derecho penal. (EDULP, 2021/2022) Integra la asesoría Letrada del Organismo Provincial de Integración Social y Urbana de la Provincia de Buenos Aires. Integrante del equipo de defensa,



representando al Particular Damnificado, en el primer juicio por la desaparición de Tehuel de La Torre, sentando precedente al haberse dictado la primer sentencia del país por “Homicidio agravado por odio a la identidad de género – *Transhomicidio*”.

### **Baca Paunero, María Victoria**

Abogada (UNLZ), Defensora Oficial Criminal y Correccional del Departamento Judicial Lomas de Zamora, especialista en Derecho penal y en Magistratura con orientación en derecho público (UNLaM), Diplomada en Política de Drogas, Salud y Derechos Humanos (CIDE, México), docente universitaria (UNLZ, UNQ)

### **Corfield, María Cecilia**

Abogada. Escribana. Agente Fiscal de la Fiscalía General de La Plata. Prof. Adjunta de Derecho Penal II UNLP. Coautora de Cine y derecho penal. (EDULP, 2021/2022)

### **González, Cristian Ariel**

Abogado (UNLP); forma parte del Servicio Provincial de Procuración de Órganos y Tejidos de CUCAIBA; Participó en la redacción del proyecto de ley para adhesión de la Provincia de Buenos Aires a la Ley Nacional 27.447, presentado el 3/6/19 en la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, bajo la denominación “LEY DE TRASPLANTE DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS”

### **González, Mercedes Isabella**

Abogada, graduada en la Universidad Nacional de La Plata. Auxiliar Docente Ayudante de Primera Categoría en la materia Adaptación Profesional en Procedimientos Penales de la UNLP. Actualmente se desempeña como Auxiliar Letrada Relatora interina dentro del área que actúa ante la CSJN Y OOII de la Defensoría de Casación de la Provincia de Buenos Aires. Coautora de Cine y derecho penal. (EDULP, 2021/2022)

### **Klappenbach, María Elia**

Abogada graduada en la U.N.L.P, Especialista en Derecho Penal, Defensora Oficial en el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil, J.T.P. -interina- en la Cátedra de Adaptación Profesional en procedimientos penales en la U.N.L.P. Coautora de Cine y derecho penal. (EDULP, 2021/2022)

### **Masi Barrio, Alfredo**

Estudiante de derecho de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Participante de “XVII Congreso Nacional de Derecho”. Se desempeña como asesor en la Presidencia del Consejo Deliberante de la Ciudad de La Plata.

**Montenegro, Karen Marlene**

Estudiantes/Ayudante interina de Derecho Penal, Parte especial. Cátedra 2, comisión 3. Se desempeña como auxiliar en Estudio Jurídico. Coautora de Cine y derecho penal. (EDULP, 2021/2022)

**Pepe, Sergio**

Abogado (UNLZ). Letrado en el Juzgado de Garantías n 4 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Colaborador en las publicaciones “Algunas Propuestas para el Ejercicio de la Defensa Durante la Ejecución de la Pena”. Defensoría General de La Nación. Año 2015 y “Protección de Derechos de La niñez en Lanús 2007-2015”. Municipio de Lanús. Año 2015. Coautor de Cine y derecho penal. (EDULP, 2021/2022)

**Quaranta, Andrea V.**

Técnica en Minoridad y Familia (UNLZ), Abogada (UBA) y abogada del niño (CASI), Docente. Coordina el área de asesoramiento del Programa PatrocinAr dependiente del Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación. Sumariante en el suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal de Eldial.com. Cofundadora de la Red federal de abogades querellantes en delitos sexuales. Miembro de la Asociación Civil Forum Infancias. Ejercicio independiente de la profesión. Formada en temáticas de infancia y abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes y adultos. Posgrado “Herramientas Jurídicas penales frente a la violencia sexual” (UNDAV). Experiencia profesional en instituciones relacionadas con la atención de infancias y adolescencias con derechos vulnerados. Autora de diversas publicaciones sobre la materia.

**Robert, Jonatan**

Abogado (UCALP). Especialización en Derecho Penal en la Universidad Austral. Agente fiscal en el Departamento Judicial de Dolores. Docente en el Ministerio de Seguridad de la provincia de Buenos Aires. Coautor de Cine y derecho penal. (EDULP, 2021/2022)

**Rodríguez Genin, Pilar**

Abogada (UNLP). Ayudante graduada de Derecho Penal II, comisión 3, UNLP. Formó parte como agente administrativo en la Secretaria de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires. Se desempeña en el Departamento de Actuaciones de la Secretaría de Comercio, del Ministerio de Producción, Ciencia e Innovación Tecnológica de la Provincia de Buenos Aires; asesora técnica para el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura (CNPT); e integrante de Asociación Pensamiento Penal. Integrante del equipo de defensa, representando al Particular Damnificado, en el primer juicio por la desaparición de Tehuel de La Torre, sentando

precedente al haberse dictado la primer sentencia del país por “Homicidio agravado por odio a la identidad de género – *Transhomicidio*”.

### **Rodríguez Romero, Matías German**

Abogado (FaCSO, UNSJ), Autor y Activista (@abogadodelart). Becario Interno Doctoral CONICET: Apología del Delito en el Cine Argentino: Representación de Delitos y Conflictos Legales en la creación, producción, y proyección de cintas en la República Argentina. San Juan, Argentina.

### **Salatino, Edgardo Horacio**

Abogado (UBA). Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de La Plata. Juez en lo correccional del Departamento Judicial Quilmes, provincia de Buenos Aires. Autor de varias publicaciones de Derecho Procesal Penal, Derecho Penal y Garantías Constitucionales. Coautora de Cine y derecho penal. (EDULP, 2021/2022)

### **Santos Morón, María Luz**

Abogada (UNLP). Ayudante alumna de la Comisión de Derecho Penal II (2010) y en la Cátedra de Sociología Jurídica ambas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (2017-2019). Desde el 2014 abogada querellante en procesos penales de lesa humanidad, interviniendo en juicios orales. Abogada en la Comisión Provincial por la Memoria. (CPM)

### **Tato, Stella Maris**

Procuradora y abogada (UBA). Fiscal a cargo del grupo 7 de la Fiscalía de Instrucción y Juicio especializada en Flagrancia nro. 23, del Departamento Judicial de Lomas de Zamora. Secretaria del "Instituto para la enseñanza de la praxis de la abogacía" (Febrero de 1992 a Diciembre de 1993). Directora del "Instituto de derecho porcesal penal del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora".

### **Villordo, Lautaro**

Abogado graduado en la Universidad Nacional de La Plata (U.N.L.P.). Con curso finalizado y aprobado de Especialista en Derecho Penal en la Universidad Nacional de Buenos Aires (U.B.A.) Ayudante de Derecho Penal parte especial en la cátedra 2 comisión 3 de la (U.N.L.P.). Auxiliar letrado en el Juzgado de Garantías n° 6 de La Plata.

### **Vincentti, Agostina**

Licenciada en Ciencia Política y Relaciones Internacionales (UCALP), actualmente alumna de la carrera de Abogacía (UNLP). Ayudante de la Comisión III de Penal 2 Cátedra I. Ha

participado, realizando tareas de relevamiento de datos, en la redacción del “Anuario 2020-2021” a cargo del Centro de Estudios en Géneros y Relaciones Internacionales del Instituto de Relaciones Internacionales de la UNLP. Actualmente, desempeña funciones en el Ministerio de Producción, Ciencia e Innovación Tecnológica de la Provincia de Buenos Aires como personal de gabinete.

Vitale, Gabriel Mauro Ariel

Luz, cámara y acción típica. Toma dos : comentarios sobre cine y derecho penal / Gabriel Mauro Ariel Vitale ; Javier T. Álvarez ; Dolores Amaya ; Coordinación general de Gabriel Mauro Ariel Vitale. - 1a ed. - La Plata : Universidad Nacional de La Plata ; La Plata : EDULP, 2025.

Libro digital, PDF - (Libros de cátedra)

Archivo Digital: descarga

ISBN 978-950-34-2515-2

1. Derecho. 2. Código Penal. 3. Cine. I. Álvarez, Javier T. II. Amaya, Dolores III. Vitale, Gabriel Mauro Ariel, coord. IV. Título. CDD 345

Diseño de tapa: Dirección de Comunicación Visual de la UNLP

Universidad Nacional de La Plata – Editorial de la Universidad de La Plata

48 N.º 551-599 / La Plata B1900AMX / Buenos Aires, Argentina

+54 221 644 7150

edulp.editorial@gmail.com

www.editorial.unlp.edu.ar

EduLP integra la Red de Editoriales Universitarias Nacionales (REUN)

Primera edición, 2025

ISBN 978-950-34-2515-2

© 2025 - EduLP

**S**  
sociales

  
EDITORIAL DE LA UNLP



UNIVERSIDAD  
NACIONAL  
DE LA PLATA